

LE

FONDS DE COMMERCE

sous le régime

DE LA COMMUNAUTÉ

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(SCIENCES JURIDIQUES)

Présentée et soutenue le Samedi 29 Novembre 1924, à 2 heures

PAR

Alem BASSET

PRINCIPAL CLERC DE NOTAIRE A LIMOGES

• *Président* : M. RIPERT.

Suffragants { MM. PERCEROU
J. DE LA MORANDIÈRE

LIMOGES

IMPRIMERIE COMMERCIALE PERRETTE

7, Cours Jourdan, 7

1924



Digitized by the Internet Archive
in 2026

LE FONDS DE COMMERCE

SOUS LE RÉGIME DE LA COMMUNAUTÉ

LE

FONDS DE COMMERCE

sous le régime

DE LA COMMUNAUTÉ

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(SCIENCES JURIDIQUES)

Présentée et soutenue le Samedi 29 Novembre 1924, à 2 heures

PAR

Alem BASSET

PRINCIPAL CLERC DE NOTAIRE A LIMOGES

Président : M. RIPERT.

Suffragants { MM. PERCEROÛ.
J. DE LA MORANDIÈRE.

LIMOGES

IMPRIMERIE COMMERCIALE PERRETTE

7, Cours Jourdan, 7

1924

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.



Introduction

L'époque contemporaine, on ne peut le nier, apparaît comme spécialement fertile en œuvres législatives. Plus encore, elle abonde en projets de lois, en ébauches. Chaque année ajoute à nos Codes des textes nouveaux ou remanie les anciens. On peut regretter la fébrilité de ce travail, le caractère fragmentaire de ces lois nouvelles. A tout le moins doit-on prêter une attention particulière à cette prodigieuse activité. Il semble qu'une législation nouvelle se superpose à l'ancienne. La jurisprudence et la pratique, frayant la voie aux législateurs, élabore une véritable coutume qui déborde depuis longtemps un ensemble de textes en partie désuets.

Il n'y a pas d'effet sans cause. Les modifications législatives auxquelles nous assistons sont déterminées par les circonstances. Si les lois changent, c'est qu'à l'état de choses ancien se substitue un ordre nouveau. On l'a souvent dit : l'époque actuelle est révolutionnaire. Cela semble parfaitement exact si l'on veut indiquer, par là, les énormes transformations en voie d'exécution dans les règles juridiques, parallèlement au bouleversement économique et social des conditions de la vie.

Nous sommes donc une époque de transition. Mais l'évolution ne se produit pas d'une façon régulière et

continue. De curieux mouvements de flux et de reflux font tantôt avancer tantôt reculer l'idée juridique en cours de réalisation. Par ailleurs, la transformation de nos institutions ne s'opère pas d'une manière parallèle, et, pour ainsi dire, d'un seul front : certaines règles sont dégagées et mises au point et, par contre, dans le même sujet, se trouvent encore des prescriptions insuffisantes aux besoins actuels. Tout ceci explique un peu le désordre de notre législation contemporaine, sa complexité et ses défaillances. Plus tard, on aura sans doute de la peine à se rendre compte de cette période de tâtonnements et de fièvre. Peut-être comparera-t-on, en cela, notre époque actuelle à la grande crise législative qui dura de 1789 à la rédaction des Codes.

La tâche des praticiens, et aussi celle de la Doctrine, est particulièrement difficile au milieu de cette création juridique. Auteurs et hommes de lois doivent, à tout instant, suppléer aux vides de la nouvelle législation, amodier, dans la mesure du possible, les anciens textes et les vieilles habitudes. Les uns et les autres, heureusement, sont en quelque sorte portés par les tendances actuelles plus ou moins définies, par les besoins économiques et sociaux qui se font de plus en plus évidents. Sans heurt, sans brusquerie, il faut s'adapter aux circonstances présentes. Et pour cela, quel doit être le premier point de la méthode de tous ceux qui participent à cette réforme ? L'observation attentive de ces circonstances, le contact le plus rapproché avec les faits, avec la vie.

Les progrès déjà faits doivent ensuite servir d'indica-

tion, donner le sens du mouvement pour les progrès à réaliser.

Plus tard une nouvelle codification coordonnera les mille éléments, que nous voyons forger, du droit nouveau.

Dans peu de domaines, les transformations actuelles sont aussi sensibles que dans tout ce qui concerne la valeur et la vie du Fonds de commerce. Ici, presque tout était à créer. Dans cette matière apparaît avec évidence la suite d'étapes, le jalonnement législatif qui aboutiront un jour à former un statut légal complet du Fonds de commerce. De toutes ces formations contemporaines, la plus achevée est la loi de 1909. Cette dernière établit, d'une façon à peu près satisfaisante, une partie de l'œuvre législative à créer pour satisfaire aux nécessités de la vie actuelle. Elle organise pour le Fonds de commerce une publicité analogue à celle qui avait déjà été établie pour les immeubles. Des lois comme celles qui ont institué le Registre de commerce vont encore concourir à cette fin de donner un état-civil au Fonds de commerce, c'est-à-dire de le dégager de la masse des autres biens, de le « spécialiser » ; on saura de quoi il se compose, à qui il appartient, quels droits il supporte, etc.

Bien des points de la Législation du Fonds de commerce ne sont pas encore aussi bien établis. C'est ainsi que nous manquons totalement de règles spéciales lorsqu'il s'agit de fixer les rapports du Fonds de commerce et des autres biens dans la société matrimoniale.

Pourtant, par sa nature, le Fonds de commerce joue, dans la fortune des époux, un rôle tout à fait particulier. On ne saurait l'assimiler aux meubles meublants, sans aucun doute. Il a, sur la situation pécuniaire des conjoints, une influence très différente de celle, par exemple, des valeurs de Bourse ou des immeubles. Les circonstances, l'activité et l'intelligence du chef du Fonds de commerce entraînent, pour la Société matrimoniale, une multitude de conséquences. Bref, le Fonds de commerce apparaît, dans ce domaine aussi, avec son entité propre, ses caractères particuliers, et, partant, des effets spéciaux sur la Société matrimoniale.

Conçoit-on, dès lors, que notre législation ne comporte pas de règles spéciales à ce sujet ? Peut-on admettre que les mêmes prescriptions du Code Civil s'appliquent indifféremment à des biens d'essence aussi variée que peuvent l'être un mobilier meublant, une obligation d'une compagnie de chemin de fer, ou une entreprise commerciale !

Il nous faut dresser le bilan de la situation législative actuelle à cet égard, montrer quelles ressources nous offre le Code civil pour trancher les questions auxquelles notre sujet donne lieu, mettre en lumière aussi les insuffisances actuelles de ce Code civil, dégager les tendances de la jurisprudence, de la pratique et de la doctrine et essayer d'entrevoir la coordination de tant de règles en voie d'élaboration.

Conformément au rudiment de méthode que nous avons indiqué plus haut et, pour conserver le plus possible le contact avec la réalité, nous nous proposons de

suivre le Fonds de commerce au cours de la vie de la Société matrimoniale. Et, pour circonscrire l'étendue de notre sujet, nous nous bornerons même à étudier les rapports du Fonds de commerce et des autres biens des époux sous le régime de la communauté, qui est le régime le plus usité en France, surtout dans les familles de commerçants.

Notre travail se divisera en deux parties :

Le Fonds de commerce pendant la communauté.

Le Fonds de commerce à la dissolution de la communauté.

Bibliographie

Il semble difficile d'établir la bibliographie relative à une semblable étude. D'abord parce que les études sur la communauté et sur la situation des commerçants, sont innombrables et qu'il faut renoncer à les énumérer ; ensuite parce que beaucoup des auteurs cités par nous le sont seulement à propos de points particuliers et que la référence est par nous indiquée seulement aux chapitres où leur opinion est produite.

Nous croyons cependant, devoir inscrire en tête de ces lignes les travaux suivants :

Parmi les ouvrages spéciaux :

BOUTAUD et CHABROL. — Traité général des fonds de commerce, édition 1910.

CENDRIER. — Le Fonds de commerce, 2^e édition.

Parmi les thèses :

H. BASSET. — Paris, 1896. Rôle de la femme mariée.

WAGNIER (Paris, 1897, n^o 12). — Situation du conjoint d'un commerçant.

MACHEREAU (Paris 1908, n^o 69). — Les clauses de prélèvement facultatif moyennant indemnité.

GUYOT (Dijon, 1910, n^o 47, province). — L'activité économique de la femme mariée.

DEGAND. — (Paris, 1916, n^o 18). — Des conventions modificatives du partage égal de la communauté entre époux.

PREMIÈRE PARTIE

Le Fonds de Commerce pendant la Communauté

1. — Nous nous proposons d'étudier, dans cette première partie, la vie du Fonds de commerce propre ou commun pendant le cours de la communauté. Il faudra indiquer les pouvoirs respectifs des époux et les conséquences qui résultent de leur gestion en ce qui concerne les propres et la communauté. Après avoir examiné la situation normale, on devra remarquer les modifications qu'y apporte l'instance en séparation ou en divorce. Enfin, il restera à voir le régime de la faillite et à montrer ses répercussions sur les biens du failli et surtout sur ceux de son conjoint et de la communauté.

Ces différentes questions vont être exposées dans les chapitres suivants :

CHAPITRE PREMIER. — *Quand le fonds de commerce est-il commun ?*

CHAPITRE SECOND. — *Actes de disposition sur le Fonds de commerce commun.*

CHAPITRE TROISIÈME. — *Administration du Fonds de commerce commun. — Répercussions sur la communauté et sur les propres.*

CHAPITRE QUATRIÈME. — *Pouvoirs respectifs des époux sur le Fonds de commerce propre à l'un d'eux. Répercussions sur la communauté et sur les propres.*

CHAPITRE CINQUIÈME. — *Gestion du Fonds de commerce pendant l'instance en séparation ou en divorce.*

CHAPITRE SIXIÈME. — *La faillite et ses répercussions sur la communauté et sur les propres.*

CHAPITRE PREMIER

Quand le Fonds de Commerce est-il commun ?

2. — Il importe, avant d'entrer dans le détail de cette étude, de se demander dans quels cas un Fonds de commerce tombe en communauté et dans quels cas il reste propre. Selon la qualité qu'on lui reconnaîtra, il se trouvera, en effet, soumis à des règles différentes.

Considéré dans sa *nature*, le Fonds de commerce est rangé dans notre législation dans la classe des meubles. Il fait partie d'une catégorie spéciale de meubles, les *meubles incorporels*, pour lesquels le législateur de 1804 n'a pas eu une attention suffisante. Ne nous occupant ici que du Fonds de commerce, nous aurons, cependant, au cours de ce travail, à montrer plus d'une fois les inconvénients qui résultent de ce fait que notre Code a méconnu l'importance de cette espèce de biens. Les meubles ne méritent plus ce mépris où on les a tenus jusqu'au siècle dernier. Les valeurs incorporelles elles-mêmes ont pris, en ces derniers temps, une extension qu'on ne pouvait prévoir. Aussi, depuis de nombreuses

années, l'effort de la Doctrine et de la Jurisprudence tend-il à donner à cette classe de biens, et notamment au Fonds de commerce, un régime plus approprié à leur importance actuelle. Des lois comme celle du 19 juillet 1909 apportent même pour le Fonds de commerce une réglementation et des décisions qui lui font, à certains points de vue, une situation plus près de celle des immeubles que de celle des meubles.

En l'absence d'une réforme des textes qui régissent le contrat de mariage, il faut cependant, pour définir la qualité de propre ou de commun d'un Fonds de commerce, se borner à le considérer comme un meuble incorporel. Se basant dès lors sur cette nature, la détermination que nous cherchons à faire paraît facile.

SECTION I

RÉGIME DE LA COMMUNAUTÉ LÉGALE

3. — Le Fonds de commerce appartenant à l'un des époux antérieurement au mariage tombe dans la communauté ; et ce même Fonds de commerce recueilli pendant la durée de la communauté à titre de donation, succession ou legs, à moins que le donateur ou le testateur n'ait exprimé une volonté contraire (C. Civ. 1401, § 1^o). A plus forte raison tombe en communauté le Fonds de commerce acquis à titre onéreux pendant la durée de la communauté. Le Code ne le dit pas expressément, mais sous ce régime en principe tout est

commun et les propres sont l'exception. En outre, cette décision se déduit a fortiori du § 3 du même article 1401 qui déclare communs les immeubles acquis à titre onéreux pendant le mariage.

Disons donc que le Fonds de commerce est, en principe, toujours commun, à moins, comme on l'a dit, que le testateur ou le donateur ait formulé expressément le contraire ou à moins encore que les parties lui aient assuré la qualité de propres dans un contrat de mariage.

4. — On s'est demandé cependant, malgré ce que nous venons de dire, si la qualité de propre ne devait pas être reconnue à des Fonds de commerce dont l'exploitation exige une autorisation personnelle ou la possession d'un diplôme. La question s'est surtout posée à propos des fonds de pharmacie (voir notamment, Metz, 3 juin 1841, sous Req. S. 42. 1. 899) et aussi d'un cabinet de vétérinaire (Trib. civ. Doullens, 8 mai 1908, D. 1910, 2. 92). On a constamment décidé que ces biens faisaient partie de l'actif de la communauté. En dehors des biens qui sont dans le commerce, il a été statué de la même façon pour la valeur de l'office ministériel (ou plus juridiquement la valeur du droit de présentation) et pour la valeur vénale d'une clientèle de médecin (Aubry et Rau, § 507 texte et note 12. — Guillouard, I, n° 379. — Baudry, Le Courtois et Surville, 1, n° 290 et les décisions de justice relevées par ces auteurs). Notons, cependant, qu'on a décidé pour les offices, — et il faut étendre, croyons-nous, cette solution aux Fonds de commerce dont nous parlons, — que leur valeur seule tombe en communauté. Si donc le titulaire de l'office ou de

l'autorisation survit, il peut conserver l'office ou le Fonds de commerce en indemnisant la communauté de sa valeur. Un contrat de mariage ne sera pas inutile, dans ce cas, pour stipuler notamment des délais de paiement en faveur de l'époux qui userait de cette faculté.

5. — Bien entendu, quand on dit que le Fonds de commerce tombe en communauté, on veut dire *le droit* de l'époux sur le Fonds de commerce. C'est généralement un droit de propriété, mais ce peut être un droit moins étendu (jouissance, usufruit, part indivise). Naturellement, la communauté ne reçoit pas plus que le droit résidant sur la tête de l'époux lui-même.

6. — Cette remarque est intéressante dans le cas où le Fonds de commerce est exploité en Société. La part sociale de l'époux tombe-t-elle en communauté ? Oui, sans doute, puisque la loi la répute *meuble*, même si la Société est propriétaire d'immeubles. Par conséquent, la propriété des actions et même de la commandite d'une Société, sont compris dans la masse commune. Mais l'actionnaire ou le commanditaire jouent, dans les formes de Société qui en comportent, seulement un rôle de capitalistes. Peu importe, le plus souvent, leur personne même, et, par conséquent, qu'à cette personne soit substituée la communauté. Il n'en est pas de même dans les Sociétés de personnes pour l'associé tenu personnellement et infiniment. La Société est, en effet, alors constituée en raison d'aptitudes et de capacités propres à l'associé lui-même, et cela est si vrai que son décès entraîne, à

défaut de stipulations contraires, la dissolution de la Société.

Lorsque l'époux est commandité ou associé en nom collectif, il ne paraît donc pas possible de dire que sa part sociale tombe en communauté, et, encore bien moins, qu'elle est indivise entre les deux époux (Thaller et Percerou. *Traité Élémentaire*, n° 373). Comme on l'a dit justement, la communauté a, en réalité, vis-à-vis de l'époux associé, une situation analogue à celle d'un sous-associé, d'un croupier.

Il découle de cette analyse deux ordres de conséquences :

7. — En premier lieu, la Société n'existe qu'avec la personne de l'associé et non avec la communauté stipulée entre lui et son conjoint. Nulle ingérence dans les affaires sociales n'est donc possible de la part du conjoint, même agissant en qualité de commun en biens. Celui-ci est tenu de respecter toutes les conventions du pacte social, en dut-il même souffrir. Par exemple donc, si l'associé avait décidé qu'à son décès, tout ou partie de sa part sociale appartiendrait aux associés survivants, on devrait respecter cette convention.

8. — En second lieu, il faut établir les rapports qui existent entre l'associé, du fait de la Société, et la communauté. On décide que la *valeur* de la part sociale tombe en communauté. C'est, si on se le rappelle, une solution analogue à celle qui a été donnée pour les offices et les Fonds de commerce dont l'exploitation est sou

mise à une autorisation spéciale. Cette part sociale, et donc sa valeur, est déterminée conformément aux statuts de la Société. En somme, la communauté se trouve dans la situation d'un bailleur de fonds de l'associé, puisque la valeur de la part sociale, quelle que soit son importance, lui appartient en définitive. Mais elle n'a pas d'autre droit que celui-ci. L'associé fait valoir cette part sociale pour le compte de celui auquel les deniers qu'elle représente appartiennent : croupier, ou communauté... (Paris, 18 mai 1888. D. 89, 2. 137. — Trib. civ. Seine, 24 mai 1909, *Gaz. Trib.* 1909, 2. 438. — Req., 13 avril 1921, D. 1921, 1. 167).

Il résulte encore de cette situation que si la Société se trouve dissoute avant la fin de la communauté, les sommes et les valeurs qui, à la liquidation, représenteront la part sociale de l'époux, tomberont dans la masse commune. Si la Société existait encore à la dissolution de la communauté, et si cette dissolution ne provenait pas du décès de l'associé lui-même, la Société continuerait à exister ; mais on devrait comprendre dans l'actif de la communauté la valeur de la part sociale au jour de la dissolution de la communauté.

Si, enfin, la dissolution de la communauté provenait du décès de l'associé et si, malgré ce décès, la Société continuait, on comprendrait dans l'actif de la communauté la valeur de cette part sociale au jour du décès ; si, au contraire, le décès de l'associé entraînait aussi la fin de la Société, l'actif de communauté comprendrait la valeur de la part sociale de l'époux telle qu'elle résulterait de la liquidation de la Société.

Ajoutons seulement que, pour gêner le moins possible les opérations commerciales, les associés stipulent ordinairement dans les statuts qu'en cas de décès de l'un d'eux, sa part sociale sera déterminée non pas dans sa consistance exacte au jour du décès, mais par les droits qui résulteraient en sa faveur du dernier inventaire social. On stipule même qu'aucune apposition de scellés ni aucun inventaire particulier ne pourront être faits sur les biens et affaires de la Société.

SECTION II

RÉGIMES DE COMMUNAUTÉ CONVENTIONNELLE

9. — Nous avons étudié la situation faite au Fonds de commerce sous le régime de la communauté légale. Mais, si les époux ont quelque fortune, ils ont généralement fait un contrat de mariage. Nous devons donc examiner maintenant les principales conséquences découlant en notre matière de l'adoption d'un régime de communauté conventionnelle.

Chose curieuse, il est assez rare de trouver, dans ce cas, des fonds de commerce réservés en propre au contrat de mariage.

Il est peu fréquent, en France, surtout dans les classes moyennes, que le futur époux soit, avant son mariage, à la tête d'un Fonds de commerce. Le plus souvent, le Fonds de commerce est acquis pendant le mariage. Fréquemment, la dot de la femme permet de le payer au moins partiellement.

Mais ce n'est pas dire que l'on ne voie jamais, au contrat de mariage, le futur époux se constituer en propre un Fonds de commerce. En tout cas, s'il a été fait adoption de la communauté réduite aux acquêts, chaque époux se réserve la propriété de tout Fonds de commerce recueilli par lui à titre de donation, succession ou legs. Alors la communauté ne comprendra le Fonds de commerce que s'il a été acquis à titre onéreux pendant la communauté ou s'il a été donné ou légué aux deux époux. (Au moins dans l'opinion générale ; voir, en effet, sur ce dernier point, Planiol, III, n° 940).

Cependant la question n'est pas encore complètement résolue. La loi présume, en effet, acquêts tous les biens qui se trouvent en la possession des époux. Ceux-ci ont donc à faire la preuve de leur droit. Mais ceci n'est intéressant qu'au moment de la dissolution de la communauté et nous l'étudierons dans notre II^e partie, quand nous examinerons les Reprises exercées par chaque époux.

10. — Relativement au Fonds de commerce apporté par l'un des époux, l'estimation qui serait fait au contrat de ses divers éléments en vaut-elle vente à la communauté ? La question soulevée à propos de l'adage : *æstimatio fecit venditionem* est trop connue pour que nous ayions à la reprendre dans son ensemble. Constatons seulement que ce principe depuis longtemps discuté est aujourd'hui plutôt en recul. La jurisprudence cherche, avant tout, l'intention des parties. Or, l'estimation faite au contrat a souvent une utilité spéciale sans que les

contractants aient eu pour but d'opérer un transfert de propriété en faveur de la communauté. Parfois cette estimation est donnée seulement pour donner une base au calcul du droit proportionnel perçu par l'Enregistrement. Souvent aussi, les parties font une indication de valeur, soit pour permettre une détermination plus précise des objets désignés et faciliter ainsi leur reprise en nature, soit pour établir plus exactement le montant d'une reprise en deniers, au cas où ces biens seraient aliénés. Parfois même l'estimation se justifie par suite d'autres clauses du contrat : par exemple, détermination du montant d'un droit de retour (Poulogne-sur-Mer, 6 décembre 1912, *Gaz. Trib.*, 1913, 2, 40.) ; par exemple encore, obligation de donner une évaluation en cas de transmission à titre gratuit du Fonds de commerce, sur lequel le futur époux, donataire, doit faire les opérations de purge prévues par l'art. 2 de la loi du 17 mars 1909.

Aussi, à l'époque actuelle, la doctrine et la jurisprudence sont-elles d'accord pour ne pas appliquer d'office l'adage : estimation vaut vente, qui n'est d'ailleurs passé dans le Code civil que dans le régime dotal (art. 1551) (Guillouard, III, n° 1474. — Labbé, note au *Journal du Palais*, 1878, 1, 5. — Cassation, 14 mars 77, D. 77, 1, 353).

D'ailleurs l'adage, qui se justifie jusqu'à un certain point pour des objets mobiliers de peu d'importance, sujets à disparaître ou à se confondre avec le mobilier commun, ne semble pas, en revanche, devoir s'appliquer à des meubles présentant une identité facilement défi-

nissable et d'une consistance assez stable, comme c'est le cas pour le Fonds de commerce. Aussi ne considère-t-on que l'estimation faite de ce bien en vaut vente à la communauté que si l'intention des époux paraît, sans aucun doute, fixée en ce sens (Bordeaux, 18 mars 1904, Rec. Bordeaux, 1910, II, 13. — Boulogne, 6 décembre 1912, *Gaz. Trib.*, 13, 2, 40. — Senlis, 5 décembre 1916, Rép. Defrénois, art. 20.049).

Nous trouvons une décision inspirée du même esprit dans une espèce où le futur époux était associé en nom collectif (Lyon, 9 Février 1922, Rép. Defrénois, art. 20.049). En principe, on peut croire que l'époux a voulu se réserver la propriété de sa part sociale, d'autant plus que le régime adopté était la communauté réduite aux acquêts. Mais la clause du contrat était rédigée de la manière suivante : le futur époux s'était constitué « la somme de vingt-cinq mille francs, montant de son apport dans la société en nom collectif B... et M... » ; on en a déduit : « que si B... s'était constitué une somme d'argent, c'est que cette somme, qui lui appartient en propre, c'est elle qui doit lui être rendue à la liquidation de la communauté, sans qu'elle puisse être augmentée ni diminuée » ; l'intention des parties était suffisamment manifestée par le soin qu'elles avaient eu de bien « définir et de limiter les apports propres ».

On voit par cet exemple l'importance que prend la rédaction notariale et le souci que doit avoir l'officier ministériel, et d'informer ses clients, et de traduire avec exactitude et clarté leurs intentions.

11. — Nous avons vu comment le Fonds de commerce conserve sa qualité de propre par une disposition expresse du contrat ou simplement par le choix d'un régime qui l'exclut de la communauté.

A côté de cette situation, on doit signaler qu'un fonds de commerce peut, au cours du mariage, être revêtu de la qualité de propre, comme tout autre bien, par exemple par une opération de remploi.

12. — Enfin on admet de même que, si un époux s'est constitué en propre une part indivise dans un Fonds de commerce et s'il devient adjudicataire d'autres parts, au cours de la communauté, ces parts lui demeurent également propres, même si elles ont été acquises des deniers de la communauté. Celle-ci aura seulement droit à récompense (Seine, 16 mai 87. Pand. fr. pér. 89, 2, 42). Cette solution est intéressante à signaler car elle étend aux fonds de commerce le régime institué par l'art. 1408, al. 1, du Code civil pour les immeubles. Or, la doctrine et la jurisprudence expliquent et justifient la décision de l'art. 1408, non seulement par un rappel du principe de rétroactivité du partage énoncé à l'art. 883, mais plutôt par le souci du législateur de favoriser l'unification de la propriété (Planiol, III, n° 964). Les rédacteurs du Code civil n'avaient songé qu'à la propriété immobilière, la seule qui eût une véritable importance à leur époque. La décision que nous relatons répare l'oubli de la loi en étendant cette disposition aux fonds de commerce. Il est utile de voir trancher la question que nous étudions dans le sens de la Doctrine et de la législation

contemporaine, qui essaient de faire au Fonds de commerce une situation plus analogue à celle des immeubles qu'à celle des meubles.

13. — Puisqu'on a parlé des modifications conventionnelles apportées au régime de communauté, il faut aussi signaler la clause d'ameublement, total ou partiel. Le Fonds de commerce propre peut être ameubli, cette clause semble assez rare. Elle ne comporte en tout cas ici aucune explication particulière.

SECTION III

14. — Ce n'est pas tout que d'avoir distingué si un fonds de commerce a la qualité de propre ou de commun. Il faut encore déterminer sur quoi porte cette propriété. On est tenté de répondre : sur l'ensemble des éléments du Fonds de commerce. Pourtant, ceci n'est généralement pas admis : Le caractère des propres peut être reconnu aux éléments incorporels. Mais cette qualité n'est pas toujours accordée aux éléments corporels, matériel, et, surtout, marchandises.

La difficulté naît du conflit de deux principes juridiques et la solution qu'on choisit est déterminée par le principe auquel on donne la prédominance.

15. — Le premier principe est que, en dépit de toute exclusion de la communauté qui serait stipulée, certains meubles tombent cependant dans la communauté : ce

sont les meubles consommables par le premier usage et les meubles destinés à être vendus. La communauté n'a en effet pas d'autre moyen de jouir de ces meubles que de les consommer ou de les vendre. La propriété lui en est donc acquise et la communauté n'est débitrice que de la valeur de leur estimation.

16. — D'autre part, la doctrine et la jurisprudence en sont venues à considérer le *Fonds de commerce* non comme un vague agrégat d'éléments disparates mais comme une universalité (1). Cette universalité englobe différents éléments dont certains peuvent manquer. Le plus souvent on y comprend : clientèle, achalandage, nom et enseigne, droit au bail, matériel et marchandises.

Conformément aux règles propres aux universalités, tous ces éléments peuvent changer ; certains peuvent disparaître ; de nouveaux peuvent venir s'adjoindre aux anciens : en dépit de toutes modifications dans la consistance ou dans la valeur, on se trouve toujours en face du même Fonds de commerce.

Il résulte encore de ce caractère que tous ces éléments, considérés, non pas séparément, mais sous l'aspect de

(1) Cette notion d'universalité n'est pas, d'ailleurs, sans avoir subi de fortes critiques. G. Thaller et Percerou, *Traité élém.*, nos 79 et s. Nous n'étudions pas ici les arguments donnés dans l'un et l'autre sens, mais il nous semble incontestable que tous les éléments du Fonds de commerce forment un seul tout, bien que ces éléments soient eux-mêmes de natures diverses. De même un immeuble est considéré comme un seul bien, quoiqu'il comprenne, en réalité, des meubles (dits immeubles par destination...) ou que sa valeur soit augmentée ou diminuée de droits réels...

l'universalité, peuvent être engagés dans un contrat. En conférant la propriété ou l'usufruit d'un Fonds de commerce, on délivre un droit sur un ensemble de biens et non sur des biens séparés. Les marchandises existant en magasin sont, elles-mêmes, comprises dans la vente du Fonds de commerce, s'il n'existe pas de dispositions spéciales à leur sujet.

Il faut cependant signaler que la loi de 1909 a refusé de comprendre les marchandises parmi les éléments susceptibles d'être donnés en nantissement. Mais il existe pour cela une raison spéciale : si le nantissement accordé sur le Fonds de commerce portait sur les marchandises non encore payées, le créancier nanti, en exerçant son droit sur ces marchandises, porterait atteinte à celui des fournisseurs qui les a livrés à crédit.

D'ailleurs, si des marchandises ne sont pas comprises dans le nantissement du fonds, celles qui existent en magasin servent pourtant de gage aux créanciers privilégiés. Ce ne sont pas forcément les mêmes objets que ceux qui se trouvaient lors de la constitution du privilège. Mais, en raison de leur fongibilité, en raison de ce que le principe d'universalité permet ces modifications, les marchandises nouvelles sont substituées aux anciennes.

17. — Nous avons indiqué les deux principes qui nous semblent en conflit : Se range-t-on au premier, on doit décider que les marchandises sont acquises à la communauté qui en doit seulement la valeur.

Si, au contraire, on admet le second principe, il faut

admettre que les marchandises subissent le sort des autres éléments du Fonds de commerce et restent propres avec lui.

A notre avis, nous doutons un peu que l'on ait à faire intervenir en notre matière le premier principe. Son analyse nous paraît, en effet, démontrer que c'est sans raison qu'on étend son application aux marchandises du Fonds de commerce.

Lorsqu'on décide, en effet, que la propriété des choses consommables ou des biens destinés à être vendus tombe en communauté, on règle, en réalité, plutôt une question de jouissance qu'une question de propriété. Partant de ce principe que la communauté a la jouissance des propres, on s'est demandé comment cette jouissance lui serait procurée relativement à des biens qui ne sont pas frugifères et qu'on ne peut utiliser qu'en les vendant ou en les consommant. Il était donc conforme à la nature de ces biens et au droit de la communauté de décider que la communauté pourrait les vendre ou les consommer. Mais, comme il faut respecter la composition des patrimoines, on fait faire par la communauté restitution de la valeur de ces biens au patrimoine propre duquel ils dépendaient. Et voici ramené à ses grandes lignes la question des propres imparfaits et du quasi-usufruit.

Y a-t-il lieu de soumettre les marchandises du Fonds de commerce à ce quasi-usufruit ? Nous ne le croyons pas.

En premier lieu, en effet, aucun texte ne les nomme parmi les biens soumis au quasi-usufruit. Elles seraient pourtant le plus bel et le plus important exemple qu'on

en pourrait donner si elles en faisaient partie. Les biens soumis au quasi-usufruit ne sont d'ailleurs pas nombreux. MM. Colin et Capitant (III, p. 124) disent qu'on ne peut guère citer « dans ce groupe que les produits d'une carrière ouverte durant le mariage ou les coupes d'arbres pratiquées dans une forêt non aménagée ». Ce ne sont là, évidemment, que des exemples, mais il n'y a pas d'assimilation possible entre ces biens et les marchandises d'une maison de commerce en activité.

En outre, n'existe pas pour les marchandises d'un fonds de commerce la raison qui légitime le quasi-usufruit pour d'autres biens. En effet, la communauté a droit aux revenus des propres, et c'est là le principe fondamental. C'est seulement en l'absence de ce revenu qu'on permet le quasi-usufruit. Mais le Fonds de commerce, avec tous ses éléments incorporels et les marchandises, est, sans contestation, frugifère. Les bénéfices en tombent dans la communauté. Comment justifier, dès lors, un droit de quasi-usufruit sur les marchandises ?

Sans doute, pour légitimer le quasi-usufruit, peut-on dire que la fin des marchandises est d'être vendue et les biens destinés à être vendus tombent en communauté. Nous répondons que si les marchandises sont bien, en effet, destinées à être vendues, cette vente, lorsque le Fonds de commerce est en activité, doit être effectuée normalement par la maison de commerce. La vente n'est plus, dès lors, un phénomène isolé, produisant par elle-même un résultat net. Elle se rattache, au contraire, à toute une série d'opérations dont elle est, si on le veut,

la terminaison, mais qui corrigent ce résultat. Aussi n'est-ce pas le produit brut de la vente que l'on doit retenir, mais le bénéfice net qui ressort, après déduction du prix d'achat, des frais de transport, des frais généraux, etc. C'est à ce bénéfice net que la communauté a droit et non au prix de vente des marchandises. Il n'y a pas, ici, de quasi-usufruit et la communauté jouit d'un Fonds de commerce de la même façon qu'elle profite des revenus d'un immeuble loué ou d'une propriété rurale.

18. — Nous croyons donc plus conforme à la nature des choses de décider que les marchandises du Fonds de commerce propre ne tombent pas en communauté. Pendant toute la durée de la communauté, la maison de commerce continuera ses opérations par le jeu normal des achats et des ventes et par un renouvellement continu de marchandises, les nouvelles acquisitions se substituant au fur et à mesure aux produits écoulés. La communauté recevra tous les bénéfices nets résultant de cette exploitation, en vertu de son droit général d'usufruit sur les propres. Et, à la dissolution de la communauté, l'époux, propriétaire du Fonds de commerce, en récupérera la possession et la jouissance de tous ses éléments, tels qu'ils existeront à ce moment. De même, le propriétaire d'une exploitation agricole reprend à la fin de la communauté son bien en nature. Et pourtant ce ne sont ni les mêmes blés, ni les mêmes foins, ni les mêmes têtes de bétail qu'au début de la communauté.

Evidemment l'une des raisons qui font que l'on soit porté à se prononcer en faveur du quasi-usufruit est

que l'on craint de voir le propriétaire du Fonds de commerce accroître démesurément la quantité de ses marchandises au préjudice de la communauté. Il se servira, par exemple, d'une partie de ses bénéfices pour constituer un stock... Mais il faut répondre que la communauté a, conformément au droit commun, droit à une indemnité en remplacement des gains qu'elle devrait normalement faire et qui sont affectés à l'usage que nous avons dit. Le montant de cette récompense pourra être déterminé par comparaison entre l'estimation faite lors de la constitution de la communauté et l'estimation donnée à la dissolution. Il faudra, d'ailleurs, tenir compte de toutes les circonstances particulières pour que cette récompense n'excède pas le préjudice subi par la communauté.

CHAPITRE II

Actes de Disposition sur le Fonds de Commerce commun

19. — Dans l'état actuel de notre législation, le Fonds de commerce est considéré comme un meuble. Il est donc soumis aux mêmes règles que les autres éléments mobiliers du patrimoine commun.

C'est dire que le mari a, sur le Fonds de commerce, des pouvoirs extrêmement étendus et que la femme n'est investie, elle-même, de pouvoirs quelconques que par l'autorisation du mari.

Bien que nous n'ayons pas ici à mettre au jour des exceptions par rapport à ce qui constitue le droit commun, nous croyons qu'il n'est pas inutile de passer sommairement en revue les pouvoirs reconnus au mari comme chef de la communauté. Si l'on pense que ces pouvoirs existent sans restriction, même sur le Fonds de commerce exploité par la femme commerçante (pourvu que le fonds soit commun), si l'on considère l'étendue

de ces pouvoirs qui risquent d'entraîner la ruine de la communauté, on sera, peut-être, amené à penser que, dans bien des cas, une limitation serait nécessaire. D'ailleurs, la jurisprudence, autant qu'il lui est possible, paraît décidée à réformer, sur ce point, la législation du Code Napoléon, qui n'est plus en harmonie avec le développement actuel de la fortune mobilière.

SECTION I

ACTES DE DISPOSITION A TITRE ONÉREUX

20. — C'est surtout le pouvoir de disposition du mari qui prête à la critique. Il est plus naturel — et relativement moins dangereux — de lui reconnaître des pouvoirs d'administration très étendus.

En premier lieu, le pouvoir de disposer du Fonds de commerce à titre onéreux est donné au mari sans restriction.

Ce pouvoir est donné au mari pour tous les biens communs, « il peut les vendre, aliéner et hypothéquer sans le concours de la femme ». (Art. 1421).

Toutes cessions, tous nantissements du Fonds de commerce pourront donc être faits par le mari seul.

21. — On peut regretter, semble-t-il, qu'une facilité aussi large soit accordée au mari. Sans doute, l'intérêt économique, la nécessité du commandement d'un seul, sont-ils d'accord avec les principes juridiques qui font

du mari le seigneur et le maître de la communauté. Mais il faut voir aussi la terrible contre-partie de cette omnipotence.

La communauté est, en somme, à la merci du mari, de sa mauvaise volonté, de son incapacité. Dira-t-on que la communauté est, avant tout, le bien du mari lui-même, et qu'il n'a, en général, pas intérêt à faire des opérations qui lui seront préjudiciables ? En réponse, il serait facile de trouver des cas où ce préjudice sera surtout subi par la femme et la famille.

Supposons, par exemple, que la femme soit commerçante et assure la gestion d'un Fonds de commerce commun : le mari aura cependant droit de disposer de cette maison de commerce sans même consulter la femme. Evidemment, le mari a, par ailleurs, le droit d'interdire à la femme la continuation du commerce en lui retirant son autorisation. Mais il semble que toute cette partie de notre législation ne concorde plus exactement avec notre état d'esprit contemporain, qui tend de plus en plus à associer la femme au mari et fait ainsi à la femme une place en rapport avec son rôle actuel dans la vie familiale et sociale (V. Ripert, Cours 1921-1922).

Les rédacteurs du Code Civil, qui n'avaient pas idée du caractère que prendrait la collaboration entre les époux, ont bien voulu protéger les droits de la femme. Mais ils n'ont pas trouvé d'autres moyens de protection que ceux qui consistent à séparer la fortune de la femme de celle du mari. Celle-ci brise, en cas de danger, les liens de l'association d'intérêts qu'a créée ce mariage (séparation de biens, renonciation à la communauté).

De nos jours, où la situation respective des époux a changé, où l'égalité presque complète règne en fait dans les ménages (et surtout lorsque l'un et l'autre époux sont commerçants), on souhaiterait un régime plus simple. Le mari serait un peu moins libre de ses mouvements ; mais, en somme, cela cadrerait assez bien avec l'idée que nous nous faisons du mariage.

La femme, et tout au moins la femme commerçante, pourrait être appelée à donner son avis dans les cas graves. Elle viendrait concourir à l'acte de disposition aux côtés du mari. La rapidité des affaires n'en souffrirait guère.

Ce droit de contrôle de la femme ne s'exercerait, somme toute, que dans des circonstances exceptionnelles ; et ce moyen d'action immédiat, donné à la femme, éviterait souvent de recourir à des mesures aussi extrêmes et désastreuses que la séparation de biens ou la renonciation à la communauté.

En fait, d'ailleurs, ce tempérament existe déjà pour les immeubles. Sans doute le mari a-t-il la faculté de vendre ou d'hypothéquer seul l'immeuble commun ; mais, pratiquement, la femme concourt toujours à l'acte, parce que l'acquéreur exige son intervention afin d'obtenir sa renonciation, ou une subrogation à son hypothèque légale. Voici donc la femme avisée du projet du mari, pouvant faire des observations. C'est un véritable frein. Sans doute, on peut dire que le consentement de la femme est souvent facilement obtenu. Combien de femmes signent, les yeux fermés, les actes qu'on leur présente ! Combien sont ignorantes des conséquences de

leur consentement ! Et cependant, il ne faut pas trop médire de ce moyen de protection. Dans l'état actuel de nos mœurs, il y a plus d'un mari qui peut être arrêté par la nécessité d'obtenir l'adhésion de sa femme ! Cette intervention de la femme serait certainement très efficace quand il s'agirait d'aliéner le Fonds de commerce.

Le Fonds de commerce est, en effet, dans la majorité de nos familles, l'élément principal de la fortune domestique, celui qui nourrit la famille. En outre, et surtout dans la classe moyenne, la femme est en fait toujours plus ou moins associée à l'entreprise du mari. Des capitaux qui lui sont propres sont placés dans l'exploitation ; elle-même est, jusqu'à un certain point, au courant des affaires, quand encore elle ne prend pas une part directe à la gestion de l'entreprise commerciale.

A la vérité, si on entreprenait cette réforme dans notre législation, on se heurterait à toutes sortes de difficultés. C'est ainsi qu'on peut se demander ce qui se passerait si la femme refusait de concourir à l'acte d'aliénation. Ce serait bouleverser toute l'économie du régime de communauté que de proposer que le mari se fasse autoriser en justice. Il faut conserver le principe et l'autorité du mari considéré comme chef. Aussi ne concevons-nous pas cette réforme sans une autre : nous estimons, en effet, que la femme devrait être protégée par un nantissement légal sur le fonds de communauté analogue à l'hypothèque légale immobilière.

Si ce supplément de garantie était accordée à la femme, la femme serait appelée à y renoncer, ou à subroger un créancier dans ce nantissement légal, comme, à

L'heure actuelle, elle intervient en matière immobilière. Au cas où elle refuserait, il serait toujours possible de passer outre, en accomplissant des formalités de purge, analogues à celles qui ont lieu en matière immobilière.

La nature du Fonds de commerce, la publicité officielle qui est donnée aux actes de disposition ou d'engagement qui le concernent, permettraient, croyons-nous, d'introduire facilement cette réforme dans notre loi, et d'obvier aux inconvénients que tout le monde reconnaît dans le pouvoir illimité du mari.

22. — A défaut de dispositions législatives, il est impossible d'obvier à ces dangers, on se heurte toujours à la formule si nette de l'article 1421, qui est lui-même la conséquence du droit reconnu au mari comme chef, par l'article 1388.

Aujourd'hui toute la doctrine et la jurisprudence paraissent ralliées dans ce sens (Guillouard, 1.117, Aubry et Rau, § 504, texte et note 3. — Rodière et Pont, I, n° 66-67). Un arrêt de Paris, du 7 mai 1855 (au Dalloz 56, 2, 257), a spécialement considéré comme une dérogation à l'article 1388 une clause du contrat de mariage par laquelle la femme s'était réservée le droit de consentir à l'aliénation des biens communs. La doctrine avait autrefois soutenu, en sens contraire, que le pouvoir du mari comme chef ne portait que sur la personne de la femme et des enfants et que les parties avaient, au contraire, la liberté de stipuler une limitation de ses pouvoirs sur les biens (Toullier, XII, n° 309. — Duranton, XIV, n° 266. — Odier, I, n° 215). Mais on interprète

maintenant l'article 1388 comme s'appliquant aux biens comme aux personnes.

SECTION II

ACTES DE DISPOSITION A TITRE GRATUIT

23. — Notre législation se montre un peu moins facile quand le mari se propose de faire des aliénations de meubles à titre gratuit.

En premier lieu, l'article 1422, alinéa 1, lui interdit de disposer à titre gratuit « de l'universalité ou d'une quotité du mobilier, si ce n'est pour l'établissement des enfants communs ».

En revanche, il peut disposer, à titre gratuit, des effets mobiliers au profit de toutes personnes pourvu qu'il ne s'en réserve pas l'usufruit (Article 1422, alinéa 2).

24. — On peut penser que les pouvoirs du mari sont, ici encore, trop étendus. Il serait à souhaiter que le mari n'aie pas droit de donner entre vifs un Fonds de commerce. La loi lui interdit les donations immobilières. De nos jours, il est peu rationnel de défendre les unes et de permettre les autres. Une distinction était logique, à la rigueur, à l'époque du Code Napoléon, à cause du faible développement de la fortune mobilière. Mais maintenant, étant donnée la valeur que représente un fonds de commerce, étant donné aussi qu'on est arrivé à le distinguer jusqu'à un certain point des autres meubles, il

n'y a plus de raison, en notre matière, de traiter le Fonds de commerce différemment des immeubles. Une révision du texte de l'article 1422 s'impose.

25. — D'ailleurs, la jurisprudence s'efforce de limiter l'étendue du pouvoir de donner, accordé au mari. De nombreux arrêts ont été prononcés pour annuler des donations excessives, considérées de ce chef comme frauduleuses. Ces décisions intervenues à propos de différents éléments mobiliers, et surtout de titres et valeurs, pourront, à plus forte raison être étendues au cas de donation d'un Fonds de commerce (Rouen, 25 juin 1860, D. 61, 5, 87. — Toulouse, 22 juillet 1865, D. 65, 2, 162, 16 janv. 78, D. 79, 2, 182. — Agen, 11 février 96, D. 97, 2, 513).

CHAPITRE III

Administration du Fonds du Commerce commun. — Répercussion sur la Communauté et sur les propres

26. — Nous avons vu que les pouvoirs de disposition sur le Fonds de commerce commun appartenait, en principe, au mari seul, et que la femme ne les avait que munie de l'autorisation du mari.

Nous venons, maintenant, aux actes d'administration. L'exploitation du Fonds de commerce peut être assurée par le mari seul, par la femme et le mari collaborant, et enfin par la femme seule.

SECTION I.

ADMINISTRATION PAR LE MARI

27. — L'administration d'un bien commun revient de droit au mari. Ce droit lui appartient, sur le Fonds de

commerce commun, à quelque titre qu'il soit tombé en communauté, même s'il provenait de la femme.

Le plus souvent, le mari exploite lui-même le Fonds de commerce commun ; il a, dans ce cas, la qualité de commerçant, et a les pouvoirs d'administration les plus étendus. Il ne pourrait, d'ailleurs, renoncer à ses droits d'administration, par contrat de mariage ou autrement. Il ne pourrait, non plus, de la même façon, partager cette administration entre sa femme et lui (Guillouard, t. 1, n° 116. — Aubry et Rau, § 504, n° 3) ; on juge que toutes les clauses de ce genre sont contraires aux dispositions impératives de l'article 1388 du Code civil (Paris, 17 juin 1903, D. 1904, 2, 77).

Il n'y a rien de particulier à dire de cette gestion assurée par le mari. Celui-ci, à l'occasion de cette exploitation, engage la communauté et ses biens propres. Nous n'avons, sur ce point, qu'à renvoyer au droit commun.

SECTION II

COLLABORATION DE LA FEMME ET DU MARI

28. — Le Code civil n'a eu, on peut le dire, en vue que l'administration du mari. Les législateurs de 1804 ne paraissent pas avoir admis que la femme puisse exercer, elle aussi, des pouvoirs d'administration. Il est bien parlé des pouvoirs de la femme à la section qui traite l'administration de la communauté, mais on sent que ce n'est qu'à titre d'exception.

La forme négative dans laquelle sont rédigés les articles 1426 et 1427 indique bien que l'intention des rédacteurs du Code était de refuser, en principe, l'exercice de ces pouvoirs à la femme. On connaît, de nos jours, quelques-unes des raisons qui ont donné, dans le Code Napoléon, une situation véritablement inférieure à la femme. Un motif spécial a, en outre, dirigé sur le point que nous étudions, la décision du législateur. La communauté étant considérée comme une sorte de Société, il a semblé contraire à l'intérêt commun que la gestion puisse en être conférée concurremment aux deux associés revêtus de pouvoirs égaux. « Egaux en puissance, ils se paralyseraient, à chaque instant, dans leur action. Ils s'entraveraient dans leur marche, et l'intérêt commun serait nécessairement compromis ». (Rodière et Pont, II, n° 863. Voir l'exposé des motifs de Berlier, dans Locré, t. 13, page 280).

L'un des deux époux devant être écarté, il était conforme à l'esprit général du Code Napoléon que ce fût à la femme qu'on ait retiré le pouvoir d'administration.

Le motif qui inspirait cette disposition ne nous toucherait guère aujourd'hui, où nous voyons couramment des pouvoirs conférés dans les Sociétés à plusieurs personnes en même temps.

On aurait peut-être pu admettre de la même façon, que, dans la communauté, les pouvoirs d'administration soient partagés entre les deux époux.

On a beaucoup fait, depuis un siècle, pour corriger, ou essayer de corriger, la rigidité de la disposition de notre Code ; mais on s'est toujours heurté à ce principe

de subordination de la femme mariée, partout écrit dans nos lois; aussi n'a-t-on, généralement, eu d'autre moyen, en doctrine et en jurisprudence, que de chercher à légitimer les pouvoirs que l'on voulait reconnaître à la femme, en la supposant munie de l'autorisation du mari. Un exemple de ce procédé jurisprudentiel général est donné dans la construction qui a été faite de la théorie du mandat domestique, pour permettre à la femme d'accomplir valablement les actes ménagers. Combien il aurait été plus simple de voir dans les deux époux de véritables associés, munis de pouvoirs différents; le mari ayant la direction générale, la capacité de faire les actes les plus importants; la femme, capable de régler les affaires de la maison, de gérer (comme la loi de 1907 l'a depuis accordé) un patrimoine de biens réservés, de continuer l'exploitation d'un commerce distinct de celui du mari.

Notre Code a le mérite, en cette occasion, d'être très net et très clair. Mais il ne cadre plus avec la complexité moderne, et nous sommes constamment gênés par le cadre trop rigide qu'il nous a laissé.

29. — Nulle part cette entrave n'est aussi sensible que dans le commerce. A tout instant, dans les fortunes moyennes, la femme est mêlée à la gestion du Fonds de commerce; mais sa participation peut revêtir des formes bien différentes. Tantôt elle n'agit qu'exceptionnellement, par exemple, en l'absence du mari, ou dans un cas urgent. Tantôt elle reste constamment présente dans la maison de commerce qu'elle exploite: elle travaille à

ses côtés, reçoit des fournisseurs, tient la comptabilité, règle les comptes, etc... Tantôt elle exerce le commerce seule. Tantôt, enfin, elle a la direction d'un Fonds de commerce, et elle emploie son mari ; ce qui est le contraire de la situation ordinaire, mais se rencontre de nos jours. Somme toute, le caractère de l'intervention de la femme mariée dans les affaires commerciales varie à l'infini ; et notre Code de commerce (article 5) n'a, on peut le dire, prévu la possibilité que des situations générales : la femme est marchande publique ; la femme n'est pas marchande publique. La distinction se fait suivant que la femme se borne à détailler les marchandises du commerce de son mari, ou suivant qu'elle exerce un commerce séparé.

Aussi la jurisprudence a-t-elle eu beaucoup à faire, et nous suivons, depuis plus d'un demi-siècle, le cours d'une véritable révolution sociale dont il faut voir des étapes dans un certain nombre de lois nouvelles. (Loi du 20 juillet 1895, sur les livrets de caisse d'épargne ; loi du 13 juillet 1907 sur le libre salaire de la femme mariée ; loi du 12 mars 1920 qui donne le droit à la femme mariée d'adhérer aux syndicats professionnels et de participer à leur administration ou à leur direction sans l'autorisation du mari).

30. — 'Quoiqu'il en soit, il résulte encore de l'état actuel de nos textes que la femme est considérée en principe comme la préposée du mari. Ainsi est-il toujours décidé lorsque la femme se borne à travailler dans le Fonds de commerce commun que le mari exploite lui-même ;

elle n'est alors qu'une employée, la mandataire du mari. N'étant qu'une mandataire, les engagements qu'elle prend sont considérés comme s'ils émanaient du mari lui-même ; ses actes obligent seulement la communauté et les propres du mari (Douai, 21 novembre 1849, Dalloz 1850, 5, 315. — Comm. Seine, 3 décembre 1890, J. T. Comm. 1892, 1, 19. — Trib. comm. St-Etienne, 13 janvier 1903, Mod. Jud. Lyon, 19 mars 1903). Le mari est civilement responsable de ses délits et, d'une manière générale, de tous les actes dommageables accomplis par elle à l'occasion de la gestion du Fonds de commerce commun. Ainsi jugé pour le délit de blessures involontaires commis par la femme qui, exploitant un débit de boissons, avait servi à un consommateur, au lieu d'un verre de liqueur, un verre de liquide corrosif (Paris, 6 décembre 1917, Dalloz 1919, 2, 43).

La femme, n'étant qu'une préposée, ne prend pas la qualité de commerçante, même si le fonds avait été apporté par elle à la communauté. Elle ne peut donc être mise en faillite (Comm. St-Etienne, 8 juin 1897, J. Trib., Comm. 1898, 7, 196). Elle n'est pas justiciable des tribunaux de commerce (Lyon, 1^{er} février 1893, *Gaz. Pal.*, Tables 1892-1893).

31. — En fait, la femme a, de nos jours, dans le Fonds de commerce commun, même exploité par le mari lui-même, une autre situation que celle d'employée. Il sera cependant, souvent difficile de le prouver. On admet, en effet, qu'il existe une présomption légale « *juris et de jure* », que la femme n'est que la préposée du mari (Toulouse, 29 mai 1908, *Gaz. Trib.* 1909, 2, 14).

On s'est demandé si cette présomption ne pouvait pas être combattue par la preuve contraire. La jurisprudence semble l'autoriser ; mais on peut voir qu'elle ne se montre guère facile en cette occurrence. Elle juge, presque toujours, que la femme n'a eu que la qualité de detaillante pour le compte de son mari.

Ainsi jugé, notamment, dans une espèce où la femme avait apporté en dot son Fonds de commerce, et en continuait accidentellement l'exploitation, bien que la patente ait été déjà transférée sur la tête du mari (Besançon, 15 février 1914, au Dalloz 1915, 2, 45). Si même la femme est assujettie elle-même à la patente, on peut y voir une présomption en sens inverse, mais non suffisante cependant pour établir sa qualité de commerçante, alors surtout qu'elle exploite le Fonds de commerce conjointement avec son mari (Civ. 11 août 1884, au Dalloz de 1885, 1, 296. — Bastia, 30 mars 1892, au Dalloz 1893, 2, 542).

32. — Il existe pourtant de nombreuses circonstances dans lesquelles la femme, sans exercer un commerce séparé, dépasse les fonctions d'un mandataire. La jurisprudence se montre encore embarrassée pour établir, dans des cas de cette sorte, l'exacte qualité de la femme. Et cela, non tant à cause de la complexité des espèces jugées que de la solution étroite de l'article 5 du Code de Commerce. Trop souvent, les décisions judiciaires se sont bornées à appliquer ce texte strictement. Parfois, aussi, on a cherché, en revanche, à élargir la disposition légale, dans des espèces où il était manifeste que la fem-

me prenait, dans le commerce du mari, une place plus importante que celle de détaillante. Il en est ainsi, notamment, lorsque, par suite de fréquentes absences du mari, la femme exploite seule la maison de commerce (Montpellier, 6 août 1867, au Dalloz de 1869, 1, 208).

33. — On devrait en venir à admettre la possibilité d'un commerce conjoint entre les deux époux, lorsque la femme prend, dans ce commerce, une place aussi importante que le mari lui-même. Nous trouvons, dans ce sens, un arrêt de la Chambre des Requêtes du 5 mai 1857, (au Dalloz de 1857, 1, 303). Il s'agissait d'une boulangerie, et la femme avait l'habitude de faire toutes les acquisitions de farine nécessaires pour alimenter le fonds. « Elle a pu, dès lors, être considérée par les tiers qui traitaient exclusivement avec elle comme faisant le commerce avec son mari ».

Nous trouvons, par contre, une longue suite de décisions en sens contraire (Civ. 1^{er} mai 1820, Jur. Gén., V^e Obligations, n^o 4.148. — Civ., 27 mai 1851, au Dalloz de 1851, 1, 172. — Crim., 9 août 1851, Dalloz 1852, 1, 160; 3 août 1859, au Dalloz de 1859, 1, 419. — Civ., 27 janvier 1875, au Dalloz de 1875, 1, 297. — Toulouse, 29 mai 1908, *Gaz. Trib.*, 1909, 2, 14). La participation même de la femme à l'acquisition du Fonds de commerce ne lui donne pas la qualité de commerçante, lorsque l'exploitation a lieu au nom du mari, et que la femme n'y agit que comme mandataire ou préposée (Montpellier, 17 janvier 1890, au Dalloz, 1892, 2, 125).

Cette jurisprudence se fonde, on peut le dire, unique-

ment sur le texte formel de l'article 5 du Code de Commerce. La femme n'est réputée marchande publique *que si elle exerce un commerce séparé*. Toutes les fois qu'il y a intervention du mari, elle ne sera considérée que comme détaillante, le Code n'ayant pas prévu d'autres situations que celles de marchande publique faisant le commerce séparé ou de détaillante aux côtés du mari.

34. — En somme, nos lois et notre jurisprudence ne font pas de place à l'engagement conjoint des deux époux exploitant ensemble le même Fonds de commerce. Dans les cas où a lieu cette exploitation en commun, le mari est seul engagé.

Cette solution n'est pas sans danger ; car les tiers, voyant la femme à la tête du commerce, pourront ignorer qu'elle n'exerce pas un commerce séparé. Ils croiront traiter valablement avec elle, alors que, de par la loi, elle ne se trouvera pas engagée. Aussi, dans un certain nombre de circonstances, la jurisprudence a-t-elle cru devoir reconnaître l'engagement de la femme, et même la considérer comme marchande publique, dans l'intérêt des tiers. C'est ce motif qui a déterminé les décisions précitées de la Chambre des Requêtes en 1857 et de la Cour de Montpellier du 6 août 1867. Dans certains cas, on est même allé jusqu'à reconnaître, non seulement l'engagement de la femme, mais encore l'existence d'une Société de fait entre les époux (Aix, 11 août 1906, au Dalloz, 1907, 5, 9), « spécialement, lorsque la participation de la femme, dans des actes dont le caractère commercial ne peut être mis en doute, comme l'acquisition jus-

qu'à concurrence de 1/5 de sa valeur du Fonds de commerce, et la dation en gage de cet établissement à l'un de ses créanciers » (Tables Dalloz, 1907-1911, v° Comm., n° 33).

Il semble, d'ailleurs, que ce dernier arrêt soit isolé. On pourrait peut-être pourtant se servir avantageusement de cet argument *de la société de fait* pour reconnaître la valeur de l'engagement de la femme, et la traiter, ainsi qu'elle l'est réellement bien souvent, comme l'associée, et non comme la préposée, du mari. Les conséquences en seraient que la femme soit personnellement engagée (Voir sur cette question, Paris 22 novembre 1886, *J. Trib. Comm.*, 1889, page 682. — Seine, 20 juillet 1911, *Mon.*, huissiers, 1912, page 207. — Boutaud et Chabrol 1910, n° 533. — Cendrier, 2^e édition, n° 476, texte et note 2).

SECTION III

LA FEMME MARCHANDE PUBLIQUE

35. — Nous n'avons envisagé jusqu'ici que les diverses formes que pouvait revêtir la collaboration des deux époux à l'exploitation d'un Fonds de commerce unique. Nous avons vu que la petite place était donnée par la loi et même par la jurisprudence à la femme, dans cette gestion. Il nous faut, désormais, indiquer sommairement la situation de la femme, lorsque la loi lui reconnaît la qualité de « marchande publique ».

Nous avons dit dans quelles circonstances la femme mariée était réputée commerçante. Nous avons indiqué aussi que la femme tenait cette qualité de l'autorisation du mari ; celui-ci reste toujours libre de la retirer. L'autorisation de faire le commerce peut être donnée à la femme par justice exceptionnellement, par exemple en cas d'interdiction, ou d'internement du mari, et même si le mari est interdit sans être interné (Lyon, 5 mars 1908, D. 1908, 5, 33), parfois aussi en cas de refus du mari.

Le mari, lui-même, pourra être employé, avec une situation subalterne, dans la maison de commerce tenue par sa femme, sans que cela change la qualité de marchande publique de celle-ci (Cass., 31 mai 1875, D. 1876, 1, 390. — Req. 5 novembre 1900, D. 1901, 1 463. — Rouen, 11 novembre 1908, D. 1909, 5, 2).

Voici donc la femme ayant l'exercice de l'administration de son Fonds de commerce.

Ceci entraîne deux ordres de questions : En premier lieu, quelle est l'étendue des pouvoirs de la femme commerçante exploitant un Fonds de commerce commun ?

En second lieu, quelle est la situation du mari de la femme commerçante exploitant un Fonds de commerce commun ?

A) LA GESTION DE LA FEMME

36. — La femme, revêtue de l'autorisation maritale de faire le commerce et se présentant elle-même comme

commerçante, se trouve dans la situation, réglée par la loi, de **marchande publique**.

Il est intéressant de noter que les pouvoirs qui lui sont donnés sont seulement les pouvoirs d'agir dans l'intérêt de son commerce. (Trib. Commerce Saint-Etienne, 13 janvier 1903, *Mon. Jur.*, Lyon, 19 mars 1903).

Mais, sous cette condition, les pouvoirs de la femme sont très étendus. Elle agit seule pour les ventes et acquisitions de marchandises, fait et reçoit tous paiements, opère toutes négociations d'effets, etc... Elle peut donner toutes sûretés, donner le Fonds de commerce en nantissement et même hypothéquer et aliéner les immeubles communs.

Les seules limites apportées à son activité paraissent être les suivantes :

Elle ne peut former de Société, avec un tiers, sans autorisation spéciale et d'aucune façon avec son conjoint. On admet d'ailleurs, en jurisprudence, qu'il faut à la femme une autorisation spéciale du mari pour entrer dans une Société en nom collectif (Paris, 14 juin 1907, *J. Trib. Commerce*, 1908, p. 385). Mais on considère comme des actes d'administration, que peut faire sans autorisation spéciale la femme commerçante, l'entrée dans une Société comme commanditaire ou actionnaire.

Enfin, il existe toujours une autre limite : l'interdiction pour la femme mariée d'ester en justice sans autorisation. Elle doit donc, si elle est demanderesse, être assistée de son mari, ou s'il refuse, autorisée par le Tribunal Civil. Si elle est défenderesse, le demandeur doit assigner le mari et la femme. Si le mari ne comparaît

pas, le Tribunal Civil saisi du principal autorisera la femme.

37. — Quel est l'effet des actes de la femme ? Ayant l'administration d'un bien de communauté, sa gestion profite ou préjudicie à la communauté, tout à fait comme si cette exploitation était assurée par le mari lui-même, sauf l'effet de la loi de 1907, bien entendu.

38. — Mais la question est surtout intéressante si l'on se place à un point de vue différent : celui du droit de poursuite des créanciers ; quels biens expose la gestion de la femme à l'action des créanciers de son commerce ?

Tout d'abord, il faut indiquer les biens de la communauté eux-mêmes. L'article 1426 dispose que ces biens seraient engagés lorsque la femme agit comme marchande publique, et pour le fait de son commerce. Cette décision se comprend à merveille, puisque la gestion est assurée pour le compte de la communauté.

MM. Thaller et Percerou (*Traité Elém. Droit Comm.*, n° 172) paraissent décider que, seuls, seront compris dans l'actif de la faillite les biens de communauté consacrés au commerce. Les créanciers n'auraient, en principe, pas le droit de comprendre dans la faillite la catégorie de biens communs qui n'était pas affectée à l'exploitation commerciale. Les savants auteurs sont amenés à cette conclusion parce qu'ils craignent qu'en comprenant dans l'actif de la faillite toute la communauté, on doive y comprendre également les propres du mari, en raison de leur confusion avec les biens communs.

On ne voit pas bien sur quels textes et sur quels fondements juridiques MM. Thaller et Percerou fondent la division qu'ils font entre les différents biens de communauté. Il n'y a qu'une seule communauté et on ne voit comment autoriser à y distinguer des catégories de biens différentes. Les profits du Fonds de commerce bénéficient à la communauté. Nous devons décider, semble-t-il, en concordance avec ce premier résultat, que la communauté toute entière doit supporter les pertes. *Ubi emolumentum, ibi onus*.

Conformément aux règles de la communauté, les biens propres du mari lui-même sont sujets au recours des créanciers de la femme marchande publique, exploitant un bien de communauté. Ceci est la conséquence de la confusion qui existe, pendant la durée de la communauté, entre les biens propres du mari et les biens communs. Il ne faut donc pas chercher, en cette occasion, une dérogation à la règle « *qui auctor est se non obligat* ».

Ce n'est pas parce que le mari a donné l'autorisation de faire le commerce à la femme, qu'il s'est engagé sur ses propres biens, mais en raison de la confusion que nous rappelons. Nous aurons d'ailleurs à revenir bientôt sur l'application de l'adage cité.

En tout cas, le mari et la communauté ne seront engagés ni par les délits ni par les quasi-délits de la femme, même s'ils ont eu lieu à l'occasion du commerce. Le mari a, en effet, autorisé seulement les conventions (Wahl, Prélim., 1921, n° 183).

39. — En outre de ces deux masses de biens, la femme oblige ses propres. Cela peut étonner au premier abord, parce que l'on pense que la gestion du Fonds de commerce a lieu pour le compte de la masse commune. Aussi bien, ne traitons-nous ici que le droit de recours des créanciers, et non la contribution aux dettes.

Il faut donc décider que la femme engage ses propres, par suite de l'engagement personnel qu'elle contracte, et qu'il lui est permis de contracter, puisqu'elle a l'autorisation de son mari. On ne peut pas donner ici une solution différente de celle que l'on donne dans le droit commun ; bien au contraire. Or, l'article 217 dispose que la femme peut contracter valablement, donc engager ses biens, pourvu qu'elle ait l'autorisation de son mari.

Justement l'autorisation que donne le mari de faire le commerce est une autorisation générale qui habilite la femme à s'engager ensuite sans avoir besoin, pour son commerce, d'autorisations spéciales comme on en exigerait d'une femme non commerçante ; les nécessités du commerce et de la rapidité des affaires ont obligé notre législateur à n'astreindre la femme qu'à une seule autorisation globale en vertu de laquelle elle contracte librement et valablement avec les tiers.

Elle oblige même ses propres en pleine propriété et non pas seulement en jouissance, à cause de l'autorisation donnée par le mari.

40. — Le fait de l'engagement personnel de la femme n'a pas été, cependant, sans surprendre certains auteurs.

Voici pourquoi. L'analyse des pouvoirs de la femme, tels qu'ils résultent de nos codes, tend à nous montrer qu'elle n'agit qu'en vertu de l'autorisation maritale qui lui est donnée.

Des auteurs ont donc pu penser que, dans une certaine mesure, la femme devait être considérée comme mandataire du mari et agissant dans l'intérêt de la masse commune.

Or, a-t-on observé, le mandataire n'est pas, dans notre Droit moderne, engagé personnellement par les actes de sa gestion. L'effet de ses actes passe par dessus sa tête et profite, ou préjudicie, au mandant, en l'occurrence à la communauté, et, si l'on veut, au mari par suite de la confusion existant entre ses propres et les biens communs. Comment admettre, dès lors, que la femme puisse être personnellement engagée ? (Boutaud et Chabrol, 1910, n° 535. — Cendrier, n° 478 et n. 2. Dans le cas où l'autorisation a été donnée par justice, voir Boutaud et Chabrol, n° 530, n. 3).

On pourrait peut-être dire que la femme n'a pas, à proprement parler, la qualité d'un mandataire. Car s'il est vrai qu'elle travaille non pour elle-même mais pour la masse commune, elle a justement sur cette masse commune un droit de co-propriété ; à plus forte raison s'il s'agit de biens réservés.

La femme travaille donc aussi pour son compte ; et, à la vérité, il s'agit plutôt d'une *autorisation* maritale que d'un mandat.

C'est le cas de rappeler que la femme est associée. Le Code a cru devoir donner la gestion du patrimoine

commun à un seul, au mari. Mais nous nous trouvons dans un cas spécial.

Le Code a admis une dérogation au principe ordinaire en faveur de la femme commerçante. Il est, en outre, conforme aux nécessités du commerce, et notamment au crédit de la femme, de décider qu'elle engage ses biens personnels. Cette solution est certainement la plus pratique et la plus conforme à l'esprit moderne et à la tendance contemporaine d'émancipation de la femme mariée.

En ce sens :

Paris, 4 juillet 1867, *J. Trib. Com.*, 64-90. — Paris, 30 août 1866, *J. Trib. Com.*, 66-374. — Comm. Nantes, 9 mai 1885, *Rec. Nantes*, 85-339.

En sens contraire :

Cass., 5 mai 1857, *J. Trib. Com.*, 57-315. — Paris, 14 décembre 1861, *J. Trib. Com.*, 62-50. — Paris, 28 novembre 1864, *J. Trib. Com.*, 65-178. — Trib. Villefranche, 3 décembre 1904, la loi 31 janvier 1905.

B. — SITUATION DU MARI

41. — En présence de la gestion de la femme commerçante, le mari ne perd pas l'exercice de ses droits d'administration.

Lui-même, rappelons-le, a le pouvoir de s'immiscer dans les affaires du commerce. Mais, dans ce cas, il aggrave sa responsabilité, du fait qu'il devient commer-

gant, et contracte un engagement personnel sans aucun doute.

Le mari conserve un droit de surveillance et de contrôle sur les actes de la femme, sans qu'il semble que cela doive être considéré comme une immixtion dans le commerce. Cette faculté est, en effet, nécessaire, en raison des conséquences que la gestion de la femme aura pour les biens de communauté et pour les propres du mari. Elle se déduit du pouvoir qu'on a donné à l'époux de révoquer son autorisation : avant de prendre une décision, il faut s'éclairer. Notons, cependant, que le mari se trouve, comme souvent, plus favorisé que la femme en cette circonstance. La femme n'a jamais ce droit de contrôle sur les affaires du mari et, de ce fait, bien souvent, la demande qu'elle fera en séparation de biens sera trop tardive.

Le mari a enfin le pouvoir, disons-nous, de révoquer son autorisation.

Il en conserve le droit même si l'autorisation en avait été donnée par contrat de mariage, le mari n'ayant pu s'interdire l'exercice de son droit légal (Demolombe, II, n° 324. — Huc, II, n° 267).

Le droit subsisterait pour le mari, même si la femme était déjà à la tête de son commerce au moment du mariage et avait stipulé, au contrat, qu'elle continuerait à le gérer (Voir Demolombe, *cod. loc.*).

Mais la révocation ne pourrait avoir lieu à contre-temps et préjudicier aux intérêts de la femme. Celle-ci pourrait se faire autoriser en justice.

Ceci montre, en dépit de tous les systèmes, le carac-

tière de subordination que conserve la femme, dans le régime de communauté. Il est vrai que le pouvoir de révoquer est la contre-partie des engagements que supportera le mari.....

42. — Il est intéressant d'examiner le rôle du mari et l'étendue de sa responsabilité lorsqu'il a autorisé la femme à exercer l'exploitation du Fonds de commerce commun. Nous supposons, bien entendu, ici, que le mari ne participe en rien à cette exploitation. Cette question de l'engagement du mari a reçu des solutions différentes en doctrine et en jurisprudence et l'on se trouve en présence de différents systèmes qu'il nous faut analyser et discuter.

43. — *Premier système.*

Nous avons eu déjà à indiquer le premier système (Voir sur ce système, MM. Thaller et Perceron, *Traité Elém. D. Com.*, n^{os} 169 et 170). Il faut en reprendre et développer l'exposé :

Nous sommes en présence d'un Fonds de commerce de communauté. Normalement la gestion en est assurée par le mari, avec les pouvoirs les plus étendus, comme sur n'importe quel bien commun. Le Code, qui n'autorise pas, en principe, que l'administration de biens communs soient confiée à la femme, admet, cependant, qu'elle puisse devenir, avec l'autorisation du mari, marchande publique et qu'elle exploite, à ce titre, le Fonds de commerce de communauté.

Il faut décider, dans ce cas, que la femme prend la

place du mari dans la gestion de ce bien commun. Le principe général du régime de communauté ne s'y oppose pas. On a voulu, en effet, que les pouvoirs d'administration de la masse commune soient confiés à une seule personne, — condition nécessaire, croyait-on, de la bonne marche de cette gestion et du succès des entreprises. Hé bien, le mari, par son autorisation, mettra la femme à la tête de cette partie du patrimoine que compose le Fonds de commerce. Elle agira pour le compte de la communauté, avec les pouvoirs que le mari aurait eus lui-même.

Il ne faut donc pas être surpris que la femme engage la communauté à l'occasion de ses actes de commerce.

Il n'y a, sur ce point, qu'application de la règle formulée par l'article 1419, pour tous les actes de la femme autorisée du mari ? Nous n'avons aucun texte qui apporte une dérogation, en matière commerciale, à cette décision que la femme, autorisée de son mari, engage la communauté.

Il faut donc décider que les créanciers commerciaux auront recours sur les biens communs ; les biens communs sont même, à proprement parler, seuls tenus de la dette contractée par la femme dans ces conditions. Bref, la communauté se trouve tenue en vertu de l'adage : *Ubi emolumentum, ibi onus*.

Cependant, nous l'avons déjà dit, les créanciers commerciaux du Fonds de commerce commun exploité par la femme ont un droit de poursuite sur d'autres biens que la communauté. Nous avons montré comment la femme pouvait voir atteints ses propres.

Mais, ce qui est plus curieux, c'est de voir que les propres du mari se trouvent eux-mêmes engagés par l'action de la femme.

Logiquement, il n'en devrait pas être ainsi, au moins pendant tout le temps où la communauté dure. Le mari est étranger à l'exploitation conduite par sa femme. Les créanciers de celle-ci n'ont pas à le connaître, puisqu'ils n'ont pas traité avec lui ; et autant il est naturel que ces créanciers puissent agir sur les biens communs, en raison de ce que la femme en a la co-propriété, autant il paraît exorbitant qu'ils puissent saisir les biens du mari.

Et cependant, le principe que les biens du mari sont à la disposition du créancier de la femme commerçante ne fait pas de doute. Le mari n'est pas tenu, lui-même ; mais on admet qu'en fait, ses biens propres sont confondus avec ceux de la communauté ; il n'y a pas de démarcation entre les deux masses et le créancier qui peut agir sur l'une a, en fait, l'autre à sa disposition.

Danger énorme pour le mari, mais que le système que nous exposons limite jusqu'à un certain point.

Il résulte, en effet, de ce système que les biens du mari sont sujets au droit de poursuite des créanciers. Mais ils sont soumis seulement au droit de poursuite ; on ne considère pas le mari lui-même comme tenu des dettes en question. D'où les conséquences suivantes :

En premier lieu, le mari a droit à récompense pour les paiements qu'il serait obligé de faire sur ses propres pendant la durée de la communauté.

Le mari ne sera tenu personnellement qu'après la dissolution de la communauté, parce qu'alors tout ou

partie de la communauté sera réuni à son patrimoine, et il n'y aura plus de communauté. A ce moment-là, le mari sera tenu à tout le moins de la moitié de la dette ; ce sera au cas où il recueillerait la moitié de la communauté ; la femme prenant l'autre moitié de la communauté restera tenue de son côté de moitié de la dette.

Ces proportions varieront, d'ailleurs, dans la mesure où les époux auraient stipulé une clause de partage inégal de la communauté. Si au contraire la femme renonce à la communauté, le mari gardera tous les biens communs et restera tenu de la totalité de la dette.

Enfin, si la femme a accepté la communauté mais se couvre de son bénéfice d'émolument, le mari restera tenu de tout ce que n'aura pas payé la femme, de tout ce qui dépassera son émolument.

Mais, en ce qui concerne le droit de poursuite, la femme, dans ces deux derniers cas, restera exposée sur ses biens, en raison de l'engagement personnel qu'elle a pris.

Autre conséquence :

Les remises faites à la femme profiteront au mari.

Ce système peut se résumer, en somme, de la façon suivante : les dettes commerciales ont été contractées par la femme, pour le compte de la communauté. La communauté doit, en définitive, les supporter ; et, après sa dissolution, ces dettes seront à la charge des personnes (mari, femme, ou leurs ayants-droit) qui recueilleront les biens communs. Pendant le cours de la communauté, les créanciers auront un droit de recours sur trois patri-

moins : celui de la communauté, pour laquelle l'opération a lieu ; celui de la femme, à cause de l'engagement qu'elle a pris valablement ; celui du mari, à cause de la confusion qui existe entre ses biens et ceux de la communauté. On a pu dire, pour expliquer le rôle du mari, qu'il n'engageait pas sa personne, mais qu'il donnait ses biens en cautionnement réel. (Voir Thaller et Percerou, *Traité élém., D^e Com.*, n° 171).

Ce terme indique bien la nature de l'opération. Toutefois, il ne faudrait pas pousser l'analogie. Certains arrêts l'ont fait cependant.

44. — *Deuxième système.*

Système de l'autorisation-mandat.

Un deuxième système explique différemment la raison de l'engagement du mari. Le mari lui-même, dit-on, s'est engagé personnellement, en autorisant la femme à faire le commerce. Le mari, par l'acte d'autorisation, vient se mettre aux côtés de la femme et prend part à tous les engagements qu'elle sera amenée à contracter par la suite à l'occasion de son commerce.

Somme toute, il y a deux personnes engagées, et trois patrimoines ; voici comment :

La femme est engagée sur ses propres, avec l'autorisation du mari.

Le mari, lui-même, est engagé par le fait de son intervention.

L'engagement du mari entraîne engagement de ses propres, et engagement de la masse commune, dont il est le chef.

Si bien qu'avec ce système l'engagement de la communauté résulte non pas de l'action de la femme mais de l'intervention du mari. L'on pourrait également envisager un troisième système exclusif de tout engagement personnel de la femme, celle-ci n'étant que la mandataire du mari.

Mais, a-t-on objecté, si l'on admet que le mari est engagé personnellement, on déroge au principe : *qui auctor est se non obligat* ?

Cette dérogation, d'après les défenseurs de cette théorie, se justifie par les raisons suivantes :

D'abord par l'intérêt des tiers. Ceux-ci voient les deux époux venir au contrat. Ils ont affaire à la fois au mari et à la femme. Ils pourront parfaitement ignorer que le mari n'est intervenu que pour donner son autorisation. Pour eux, cette intervention a le caractère d'une acceptation du contrat. Il y a lieu, dès lors, dit-on, de préserver les tiers, qui seraient dupes de cette apparence, si on décidait que le mari n'est pas personnellement engagé, alors que les parties ont pu interpréter son intervention, sa signature comme une adhésion au contrat. Bien plus même, dit-on, cette mesure s'impose dans l'intérêt même des époux. On diminuerait leur crédit en déclarant que le mari n'est pas tenu personnellement. A tout le moins, le crédit serait diminué du fait que l'intervention du mari aurait un caractère mal défini, et qu'on ne verrait clairement s'il vient pour contracter ou seulement pour autoriser.

Nous devons avouer que cette raison n'est guère convaincante. D'abord, les tiers manquent rarement de s'as-

surer de la qualité des personnes avec qui ils contractent. C'est à eux d'être prudents. Ensuite les tiers, dans notre espèce tout au moins, pourront rarement être trompés par l'apparence que l'on dit. Si la femme est marchande publique, elle n'a plus besoin de l'intervention du mari à l'occasion des actes qu'elle fait pour son commerce.

Si les tiers veulent un supplément de crédit et accroître l'étendue de leurs gages de créanciers, ils auront toujours la faculté de demander que le mari vienne s'obliger aux côtés de sa femme. Enfin, si les tiers devaient être trompés sur le caractère de l'intervention du mari, ils le seraient aussi bien sous d'autres régimes que la communauté, puisque la femme a besoin de l'autorisation maritale sous les régimes de séparation de biens. Or, il n'est pas douteux que, sous les régimes de séparation de biens, l'intervention du mari aux fins d'autorisation n'a pas pour conséquence de l'engager lui-même. Il n'existe aucune raison pour décider qu'il en soit différemment sous le régime de la communauté que dans les autres régimes.

Dans le système que nous étudions, on fonde le principe de l'engagement personnel du mari sur un autre motif.

On a craint la fraude suivante de la part du mari. Dans les affaires de la communauté, ou même dans celles qui intéressent ses propres, le mari, au lieu de s'engager lui-même, ferait contracter l'engagement par sa femme et se bornerait à autoriser celle-ci.

De cette manière, le mari, pendant la communauté, ne

serait poursuivi sur ses propres que parce que ces biens sont le gage des créanciers en même temps que les biens communs. Mais le mari pourrait en tirer motif à récompense. En outre, à la dissolution de la communauté, si la femme l'accepte, le mari sera seulement tenu de moitié, alors que la femme reste obligée pour le tout.

La facilité de cette fraude, et l'abus qui serait ainsi fait, et du principe de l'autorisation maritale, et du principe, « *qui auctor est se non obligat* », a déterminé le législateur à repousser sur ce point l'application de cette seconde règle.

On décidera donc que le mari est personnellement obligé. Par conséquent, en tout état de cause, il sera tenu lui-même pour le tout, ainsi que la femme elle-même (1).

Le système que nous exposons s'appuie également sur les textes de l'article 220 du Code civil et de l'article 5 du Code de Commerce. Ceux-ci disposent que « la femme oblige son mari, s'il y a communauté entre eux ».

Mais, relativement à ce dernier argument, on peut répondre qu'il ne résulte pas de ces textes une obligation personnelle du mari. Le fait même que le texte indique que le mari sera obligé « s'il y a communauté entre eux », prouve, selon nous, d'abord que cette disposition est exceptionnelle, ensuite que c'est justement le cas exceptionnel qui détermine la nécessité, pour le mari, d'être obligé. C'est, comme nous l'avons expliqué, parce

(1) Si la femme a profité personnellement de ces engagements ne pourra-t-elle pas être seule tenue ? Par exemple, en cas de biens réservés.

que les époux sont mariés en communauté, que le mari va se trouver tenu, et cela, en raison de la confusion de ses biens avec ceux de la communauté. On a pu dire encore que les deux textes cités ne sont pas compris au titre « Du régime de la communauté », qu'il faut donc revenir à ce titre pour y chercher une décision aussi importante et qu'on ne l'y trouve point. Tout ce qui ressort de ce titre, c'est que le mari peut être poursuivi pour le total pendant le cours de la communauté, sauf récompense. Que si la femme renonce à la communauté, il sera et demeurera tenu pour le tout, puisque ses propres et la communauté ne feront plus qu'un ; que si la femme accepte la communauté, il pourra encore être poursuivi pour moitié, à raison de la part de communauté qui lui sera attribuée.

Comme on l'a fait remarquer, pour n'être pas aussi étendues que le voudraient les défenseurs du système que nous exposons, ces *obligations* du mari n'en sont pas moins réelles. Elles sont assez importantes ainsi pour que le législateur ait pu écrire aux articles précités « la femme *oblige* son mari » en se réservant d'expliquer ailleurs, à son exacte place, la nature et l'étendue de cette obligation (Planiol, III, n^o 1091. — Aubry et Rau, § 509, n^o 41 bis).

En dépit des critiques dont il a été l'objet, ce système de l'autorisation mandat paraît être celui de la jurisprudence. La Cour de cassation semble l'avoir adopté dans un arrêt du 23 avril 1888 (D. 89, 1, 223) et surtout dans un arrêt du 16 juillet 1902 (D. 1903, 1, 401, n. de M. Capitant).

« L'article 1419, dit ce dernier arrêt, aux termes duquel le paiement de la dette contractée par une femme commune en biens peut être poursuivi pour la totalité sur les biens personnels de l'un ou de l'autre époux, crée entre les deux époux un lien de solidarité ».

Remarquons, sans nous y arrêter, ce terme de *solidarité*, employé par l'arrêt, et que nous retrouvons dans des décisions postérieures. Il ne peut s'agir, en l'espèce, que d'une solidarité conventionnelle.

45. — Le choix de l'un ou de l'autre système que nous venons d'exposer n'est pas seulement intéressant pour la solution qui en résultera relativement à l'étendue de l'engagement du mari.

Il l'est aussi pour trancher la question qui se posera, au cas où l'un des époux sera *exonéré* de sa dette.

Supposons que ce soit la femme. Si l'on admet le premier système, celui qui décide que le mari est tenu seulement à cause de sa qualité de commun en biens, on aboutit aux solutions suivantes :

La femme est déchargée, bien entendu. La communauté l'est aussi puisque la femme a agi pour le compte de la communauté : bénéfices, pertes, créances, dettes et une remise de dettes profitent ou préjudicient à la communauté par l'intermédiaire de la femme.

Enfin il faut aussi décider que le mari est exonéré puisqu'il n'était pas tenu lui-même. Du moment que le créancier ne poursuivra pas les biens communs, il n'aura pas à poursuivre non plus les propres du mari, ceux-ci

n'étant sujets à saisie qu'à raison de leur confusion avec ceux-là.

Si l'on croit, au contraire, avec le second système, que le mari est personnellement engagé, il faut décider, pour être logique, que la remise de dettes faite à la femme profite seulement à celle-ci et à la communauté. La communauté, en effet, bénéficiera de la remise de dettes, comme elle bénéficie de tous les profits de la fortune de la femme et supporte les pertes de cette gestion. Quant au mari, il faut admettre qu'il restera tenu, puisque son engagement est indépendant de celui de la femme !

A notre avis, cette conséquence invraisemblable plaide fortement contre la théorie de l'engagement personnel. Le véritable débiteur va se trouver dégagé, et le mari restera tenu du total ! Il nous semble qu'on aboutit à un résultat encore plus choquant que celui qu'on voulait éviter : on craignait que le mari fasse accomplir par la femme les actes pour lesquels il ne voudrait pas s'engager lui-même ; on aboutit ici à une solution aussi injuste : la femme va pouvoir bénéficier de tous les avantages de la communauté ou se faire étrangère à une situation obérée. Et le mari, dans l'un et l'autre cas, supportera seul et dans son intégralité le poids d'une dette de sa femme !

46. — Reconnaissons-le, le cas d'une remise de dettes est assez rare en matière commerciale ; mais l'objection que nous venons de relater vaut toujours par elle-même et sera d'application plus courante en droit civil. D'ailleurs, la question se pose dans les mêmes termes, et

pour l'arrangement transactionnel, et pour le *concordat* qui serait accordé à la femme après sa faillite. Il résulte de l'article 545 du Code de commerce, que « nonobstant le concordat, les créanciers conservent leur action pour la totalité de leur créance contre les co-obligés du failli ». On voit quel intérêt il y a à savoir si le mari est engagé personnellement ou tenu sur ses biens seulement comme commun en biens. Si, en effet, on admet que la femme est seule débitrice, il n'y aura pas lieu d'appliquer l'article 545. Le concordat, en profitant à la femme, profitera également aux divers patrimoines qu'elle mettrait à la disposition de ses créanciers (ses propres, la communauté, les propres du mari). Un arrêt de Pau, du 24 octobre 1910 (D. 1912, 2, 5), a statué en ce sens.

Mais, si l'on admet que le mari est tenu personnellement, il sera « co-obligé du failli ». Le concordat ne lui profitera pas. Le mari restera tenu de la totalité de la dette, alors que la femme en sera exonérée partiellement. D'ailleurs, le fait que le concordat accordé à la femme ne profitera pas au mari se retournera dans une certaine mesure contre la femme elle-même. Le mari poursuivi par les créanciers leur offrira, en effet, à la fois ses propres et la communauté, sur laquelle la femme a un droit de co-propriété. Si bien qu'en somme l'effet du concordat se bornera à limiter l'étendue du droit des créanciers sur les propres de la femme.

47. — On n'aboutit pas aux mêmes conséquences si la remise de dette a été faite en faveur du mari seulement.

Mais les solutions sont encore différentes selon le système auquel on se range.

1^{er} système. — Si l'on admet que le mari est tenu sur ses biens, seulement en sa qualité de commun en biens, il faut décider que la remise de dettes qui lui est faite équivaut à une renonciation du créancier à son droit de poursuite sur les propres du mari.

Le créancier, vis-à-vis du mari seul, ne peut renoncer, à son égard, à plus de droits qu'il n'en avait ; nous avons dit que, d'après ce système, le mari était tenu seulement à abandonner ses propres à la poursuite des créanciers.

Il semble, d'ailleurs, que cette exonération doive également profiter à la communauté. La raison qu'on en donne est toujours la confusion qui existe, pendant la communauté, entre le patrimoine des biens communs et le patrimoine des propres du mari.

En renonçant à poursuivre l'un des patrimoines, le créancier renonce aussi à poursuivre l'autre, puisqu'on admet que les deux masses de biens n'en font, provisoirement, qu'une.

Ceci est l'avis de Laurent (XXII, n° 72), et on trouve la même idée exprimée par un arrêt de la Chambre des Requêtes du 17 janvier 1881 (Sirey, 1881, I, 126).

« Le mari, dit-on, est l'administrateur et le maître absolu de la communauté ; il l'absorbe, en sa personne, tant qu'elle dure et, par suite, il n'y a pas à distinguer entre les biens personnels du mari et ceux de la communauté. Ces biens forment un seul patrimoine ; les créanciers qui ont action sur les uns ont nécessairement ac-

tion sur les autres ; *mais les uns ne peuvent être libérés sans que les autres le soient pareillement* ».

En somme, on établit un parallèle exact entre les deux situations : l'engagement frappe les deux masses de biens ; l'exonération doit délivrer les deux masses de biens. Cela paraît logique.

Notons cependant que, comme cette confusion des biens n'est que provisoire, l'effet que nous indiquons ne se produira que pendant la communauté. Si le mari est exonéré postérieurement à la dissolution de la communauté, et que la femme ait accepté la communauté, l'exonération faite au mari ne déchargera que ses propres, et la part de communauté qui s'y trouve ajoutée, mais ne délivrera pas la part de communauté attribuée à la femme.

La solution qui décharge la communauté, comme nous venons de l'expliquer, a, cependant, été critiquée. On fait remarquer, en effet, que l'obligation dont est tenue la communauté provient de la femme, qui a eu le pouvoir d'engager la communauté. Si la remise de dette est faite au mari, elle ne doit pas, en principe, modifier les conséquences de l'engagement pris par la femme. Somme toute, l'effet d'une telle remise de dettes serait d'épargner au mari la poursuite sur ses propres. On ferait un usage exagéré de l'idée que les deux patrimoines, biens du mari et biens communs, sont confondus, en décidant que l'exonération de l'un profite aussi à l'autre ; ce qui aurait pour effet de décharger la communauté, qui est valablement engagée, et que le créancier a pu vouloir conserver en gage.

Nous ne serons pas arrêtés par cette critique. Il est bien certain, en effet, que tout dépendra de l'intention des parties, qui sera en général clairement formulée : on peut assurer d'abord que l'hypothèse que nous étudions est d'une réalisation rare. Si même le fait se présente, la remise de dettes sera, en général, faite en faveur des deux époux. Mais si la remise est seulement faite au mari, sans explication, il faut aller jusqu'à la conclusion logique du système et décider que les biens du mari et ceux de la communauté cessent d'être l'objet des poursuites du créancier. La communauté ne s'en trouve pas libérée pour cela. Car l'engagement qui a été pris par la femme subsiste. Cet engagement finira toujours par retourner à la charge de la communauté valablement engagée par la femme. Seuls les biens de la femme seront poursuivis par le créancier. Mais la femme aura droit à récompense de la part de la communauté pour les paiements qu'elle serait amenée à faire pour son compte.

Ce qui fait qu'en définitive ce problème se présente plutôt comme un exercice d'école et ne correspond pas à une utilité pratique. Il y a cependant une conséquence pratique qu'il est intéressant de signaler. Supposons que les propres de la femme se trouvent insuffisants au paiement de la dette. Si l'on admet que la communauté soit exonérée par la remise de dettes faites au mari, on doit croire que le créancier ne peut plus poursuivre la masse commune et doit se borner à l'exécution des propres de la femme, bien que ces propres soient insuffisants à le payer. Mais, reconnaissons-le, le créancier peut espérer

recevoir le surplus de ce qui lui est dû ; et, en effet, si la femme accepte la communauté, la part de biens qui lui sera attribuée de ce chef se confondant avec son patrimoine propre, redeviendra le gage du créancier.

2° système. — Si l'on admet, au contraire, avec le second système, que le mari, par le fait de son autorisation, se trouve engagé personnellement, on décide qu'il y a deux personnes obligées l'une et l'autre au total et dont l'engagement est indépendant.

L'exonération de l'un ne doit pas, en principe, profiter à l'autre, ainsi qu'on l'a dit à propos de l'exonération de la femme.

Par conséquent, l'exonération du mari aura pour but de libérer son patrimoine personnel. Mais quelles conséquences cette exonération aura-t-elle, dans ce système, pour la communauté ?

La question est spécieuse, en raison de ce que la communauté est une masse indivise, dont les deux époux sont propriétaires.

Mais, nous l'avons dit, les partisans de ce système pensent que si la communauté est engagée, c'est du chef du mari, et non du chef de la femme. L'exonération du mari exonérera donc aussi la communauté et la femme restera seule tenue du paiement de la dette. Mais nous croyons que cette solution ne peut être donnée qu'en ce qui concerne le droit de poursuite des créanciers. Car il serait injuste de faire supporter, en définitive, à la femme le poids d'une dette contractée pour le compte de la communauté. Si donc la femme est poursuivie pour le

paiement de cette dette, elle n'a qu'à abandonner ses propres à la poursuite. Mais elle doit avoir droit à récompense de la part de la communauté pour ce qu'elle aura payé. Si bien qu'en définitive la femme profitera, elle aussi, croyons-nous, de la remise de dette accordée au mari.

48. — Caractère de l'obligation du mari.

Nous avons vu plus haut, que l'obligation de la femme devait être, sans hésitation, déclarée commerciale. Mais l'obligation du mari de la femme commerçante est-elle civile ou commerciale ? (Lyon-Caen, *Traité* 1, p. 214). — (Voir Wargnier, p. 150).

Remarquons-le, la question ne se pose même pas si l'on se range à la première théorie ; si l'on croit, comme nous le faisons, que le mari est tenu sur ses biens propres seulement par le fait que ces biens sont confondus avec ceux de la communauté et que celle-ci est engagée par la femme. S'il en est ainsi, le mari, avons-nous vu, n'est pas obligé lui-même. Seulement ses propres sont à la disposition des créanciers de la femme. Il résulte de cette conception du mécanisme de l'opération que le mari ne contracte lui-même aucun engagement, et donc que la question ne se pose même pas de savoir s'il doit être ou non considéré comme commerçant.

Mais, en admettant même le second système, et en croyant que le mari est personnellement tenu, on ne doit pas, semble-t-il, considérer non plus son engagement comme de nature commerciale. En effet, on l'a dit, l'engagement du mari est distinct de celui de la femme.

Pourquoi aurait-il le même caractère que le sien ? Le mari ne fait pas d'actes de commerce. Il est seulement tenu d'une dette que la femme contracte à l'occasion de son commerce séparé. Dès lors, a-t-on dit, il manque à l'engagement du mari une *cause commerciale*. L'engagement de celui-ci a le caractère d'un cautionnement, purement civil ; or, on admet, en général, que le cautionnement, même solidaire d'une dette commerciale ne prend pas de ce chef le caractère commercial. (Civ., 1^{er} avril 1914, D. 1919, 1, 110 avec la note de M. Chéron. — Lyon-Caen et Renault, Traité 1, n° 262).

49. — Doit-on en déduire que la communauté n'est elle-même pas tenue commercialement ? Certains l'admettent ; et, notamment doivent l'admettre ceux qui croient (système de l'autorisation-mandat) que la communauté n'est engagée que par l'intervention du mari. Celui-ci n'étant pas commerçant, la communauté engagée par lui ne peut l'être que civilement.

Mais il semble que la même solution s'impose aussi aux défenseurs de l'autre système : la femme seule est commerçante ; son patrimoine propre est tenu commercialement. Mais, par contre, les deux autres patrimoines, biens communs et propres du mari, ne sont ouverts par elle au recours des créanciers que par suite des règles du régime de la communauté, c'est-à-dire par suite de dispositions civiles. Ces patrimoines ne peuvent donc être tenus commercialement.

Voici les principales conséquences qui résultent de cette solution :

D'abord, le mari n'étant pas commerçant, ne peut être poursuivi devant les tribunaux de commerce, à l'occasion du commerce de sa femme. (Cass., 16 mai, 66, D. 66, 1, 207 ; Civ. 1^{er} avril 1914, D. 1919, 1, 110 ; Civ., 9 mai 1914, *Gaz. Pal.*, 17 avril 1914).

Nous trouvons cependant des solutions en sens contraire dans la jurisprudence. (Limoges, 11 décembre 1903. — *Gaz. Pal.*, 1903, 2, 675. — Trib. Com. Lyon, 25 mars 1904. *Gaz. com. Lyon*, 14 mai 1904.

Mais ces dernières solutions se justifient uniquement par un intérêt pratique. On a voulu éviter que les créanciers soient obligés d'intenter deux instances, l'une devant le Tribunal de Commerce contre la femme, l'autre devant le Tribunal Civil contre le mari. Il peut, en effet, sembler inutile d'appeler le mari devant la juridiction civile alors que, par suite de l'incapacité d'ester en justice de la femme mariée, le mari doit être assigné, lui aussi, aux fins d'autorisation, devant la juridiction consulaire.

En fait, l'inconvénient que nous indiquons peut être évité facilement. Il suffira au créancier d'intenter l'instance devant le Tribunal Civil en assignant à la fois la femme et le mari.

Remarquons, toutefois, que l'on comprend que les créanciers préfèrent s'adresser aux Tribunaux de Commerce qui sont plus spécialisés dans ce genre de questions et surtout plus expéditifs et plus rapides. S'inspirant de cette utilité pratique, MM. Thaller et Percerou (*Traité Elém.*, n° 172), proposent d'assigner à la fois mari et femme devant la juridiction consulaire. Ils font remarquer en effet que le mari et la communauté

ne sont pas, en réalité, des cautions ordinaires, puisqu'ils sont intéressés au résultat des actes de la femme.

« De là, la possibilité de considérer comme commercial (leur) engagement accessoire sans contredire la théorie qui refuse au mari la *qualité personnelle de commerçant* ».

50. — Une autre conséquence est que le mari ne peut être mis en faillite, à l'occasion du commerce de la femme.

Les biens mêmes de la communauté ne sont pas tous compris dans la masse de la faillite de la femme.

En effet, on ne peut comprendre dans l'actif de la faillite que les biens dont le failli est propriétaire. Or, la femme n'a sur la communauté qu'un droit de co-propriété, et même ce droit est seulement éventuel et dépendra du parti qu'elle prendra à la dissolution de la communauté (*non est socia, speratur fore*).

Le jugement de faillite n'entraîne pas dissolution de la communauté. D'autre part, le mari n'a pas le pouvoir d'arrêter, avant son terme normal, le cours de la communauté, ou bien il faut recourir au divorce, ou à la séparation de corps. Bref, les créanciers de la faillite ne vont pouvoir faire entrer dans la masse la part de communauté de la femme. Ils ne disposent d'aucun moyen légal, à cette fin, à l'égard de l'un ni de l'autre époux ; on ne pourra recourir, dès lors, contre tous les biens de la communauté que par les voies civiles, comme il a été dit.

Que de fraudes possibles ! Aussi regrette-t-on que le

jugement de faillite n'entraîne pas la dissolution anticipée de la communauté !

On fait pourtant exception pour le Fonds de commerce lui-même, et les biens communs qui ont pu servir à l'exploitation de ce commerce. Pourquoi ?

Nous reverrons tout ceci dans notre chapitre VI sur la faillite.

51. — Cependant, il y a toujours lieu de tenir compte de ce que la dette contractée par la femme est de nature commerciale.

Par conséquent, tout ce qui concerne cette dette, et notamment le taux des intérêts et la preuve sont régis par les lois du commerce.

Ceci s'appliquera, même si l'exécution a lieu sur les biens de la communauté ou sur les propres du mari. En effet, nous l'avons montré, il n'y a pas plusieurs dettes, mais une seule, contractée par la femme qui a la faculté d'offrir en gage, en dehors de ses propres, ceux du mari et la communauté.

Dès lors, la preuve doit être faite vis-à-vis de la femme, c'est-à-dire conformément au Droit commercial. Une fois prouvée contre la femme, la créance est suffisamment prouvée à l'égard de la communauté et du mari.

CHAPITRE IV

Pouvoirs respectifs des Epoux sur le Fonds de Commerce propre à l'un d'eux. — Répercussion sur la Communauté et sur les Propres

SECTION I

FONDS DE COMMERCE PROPRE AU MARI

52. — Nous avons essayé d'indiquer quels étaient, pendant le cours de la communauté, les pouvoirs respectifs des époux sur le Fonds de commerce commun. La même question se pose à propos de l'administration du Fonds de commerce propre.

A vrai dire, il n'y a guère à étudier que ce qui concerne le Fonds de commerce propre à la femme. Si le Fonds de commerce est propre au mari, il en a l'administration complète ; il peut en disposer librement.

Cette gestion donne naissance aux mêmes situations qui se présentent à l'occasion de tous les propres du mari, et qui sont réglées par le Code Civil. Nous nous bornerons donc à indiquer sommairement deux questions qui concernent plus spécialement le sujet de notre thèse :

Influence sur l'actif de la communauté.

Rôle de la femme.

§ I

La gestion du Fonds de commerce propre au mari et l'actif de communauté

53. — En somme, il faut revenir sur ce point au principe général. Tombent en communauté :

Tous les fruits, revenus, intérêts et arrérages, de quelque nature qu'ils soient, échus ou perçus pendant le mariage, et provenant des biens qui appartenaient aux époux lors de sa célébration, ou de ceux qui leur sont échus pendant le mariage, à quelque titre que ce soit (Civ. 1401, 2°).

On déduit de cette formule générale que tous les revenus des biens et les profits du travail des époux tombent en communauté. L'adoption du régime de la communauté réduite aux acquêts ne modifie pas cette disposition. Bien au contraire. Elle s'y lit plus clairement dans l'article 1498 qui comprend dans la communauté, les acquêts « provenant tant de l'industrie commune que des économies faites sur les fruits et revenus des

biens des deux époux ». Mais, elle a pour effet de ne faire tomber dans la communauté que les revenus échus depuis le mariage et les fruits du travail exercé depuis la même date, les revenus antérieurs au mariage restant propres à l'époux.

En revanche, la communauté d'acquêts comprend tous les revenus et les profits du travail acquis aux époux pendant le cours de la communauté. Si donc les revenus ou le salaire qui correspondent à cette période étaient seulement payés postérieurement à la dissolution de la communauté, ils n'en devraient pas moins être compris dans l'actif de la communauté.

54. — Il n'y aurait pas à rappeler ces principes de Droit civil s'ils ne donnaient lieu, malgré leur clarté, à d'assez fréquentes difficultés.

On s'est demandé, notamment, si la disposition que nous indiquons devait s'appliquer à l'occasion de l'exploitation d'un commerce ou d'une industrie présentant un caractère *illicite* ou *déshonnête*.

On a hésité à décider s'ils tomberaient en communauté. Mais on fait observer qu'il n'y aurait pas de raison juridique et encore moins de raison morale de les attribuer, avec les caractères de propres, à l'époux qui a exercé le commerce illicite. Il ne serait pas logique de les attribuer à l'autre époux. Il fallait donc prononcer que ces revenus tomberaient en communauté (Voir Labbé, N. sous Cass. S., 73, 1, 289).

55. — On peut rencontrer des contestations lorsque le revenu du travail de l'époux présente un caractère par-

ticulier, notamment lorsque le Fonds de commerce n'appartient pas complètement à l'époux, et que celui-ci n'y possède qu'une part sociale. Une partie des bénéfices annuels est distraite de la répartition effectuée entre les associés dans le but de constituer un fonds de réserve, d'apporter des perfectionnements au matériel...

Nous n'envisageons pas cette question ici ; car il n'est pas douteux que la communauté n'ait pas droit à la perception de cette part de bénéfice. Mais on verra plus loin qu'elle pourra, dans certains cas, réclamer une indemnité en représentation des revenus qui lui échappent de cette façon.

La question se pose d'ailleurs de la même façon lorsqu'une partie des bénéfices du Fonds de commerce propre est employée à son amélioration. Pendant la durée de la communauté, la difficulté ne se présente ordinairement pas.

Le mari est en effet à la tête de ses biens et chef de la communauté et il peut distraire, à son gré, une partie des revenus qui tombent de droit en communauté. Mais il faut rétablir la situation à la dissolution de la communauté, et nous devons étudier ce point dans notre II^e partie.

Contentons-nous de signaler que *tous* les revenus du travail des époux sont acquis à la communauté, sous quelque forme qu'ils soient perçus : salaire périodique, participation aux bénéfices, etc...

Parfois, l'on voit qu'un employé, dans une maison de commerce exploitée en Société, reçoit la part de béné-

fices à laquelle son contrat de travail lui donne droit, sous forme d'actions ou de parts d'intérêts.

Comme ces valeurs ou parts sociales sont la représentation de gains acquis de droit à la communauté, on a décidé qu'elles tombaient en communauté. On ne pourrait même pas les considérer comme propres à l'époux qui les a reçus, à charge par lui d'indemniser la communauté pour le montant du salaire qu'elles représentaient lors de leur attribution (Seine, 8 juillet 1898, Rep. Defrénois 10551).

§ II

Rôle de la femme

56. — Il est rare que la femme prenne part à la gestion du Fonds de commerce propre à son mari autrement qu'en qualité de préposée, de mandataire du mari lui-même. Dans ce cas, les actes qu'elle accomplit, les engagements qu'elle prend, dépassent sa personne, et atteignent seulement le mari, conformément aux règles du mandat. Elle-même n'est pas marchande publique, ne contracte pas d'engagement personnel, et n'engage pas ses propres (Trib. Com. du Havre, 26 novembre 1900, Rec., Le Havre, 1900, 1, 178).

57. — On peut cependant supposer que la gestion du Fonds propre au mari soit assurée par la femme seule, dans des conditions qui lui donnent le caractère de marchande publique. Les pouvoirs de la femme ne seront

pas différents, en cette hypothèse, de ceux que nous lui avons reconnus en traitant de la gestion d'un Fonds de commerce commun. La femme engage donc ses biens personnels, les biens de la communauté, et même les propres du mari. Mais on admet, dans notre espèce, comme précédemment, que l'engagement du mari et de la communauté est uniquement civil.

Il en résulte que les biens du mari et de la communauté seront soumis au recours des créanciers par les voies de la procédure civile et ne seront, en aucun cas, compris dans la masse de la faillite.

Bien plus, le Fonds de commerce exploité par la femme se sera pas compris non plus dans l'actif de la faillite. Il y a sur ce point, on le voit, une décision différente de celle qui a été donnée au cas où le Fonds de commerce était commun. Mais c'est qu'alors la femme avait un droit de propriété, ou, tout au moins, de co-propriété, qu'elle n'a pas sur le Fonds de commerce propre au mari. C'est la solution ordinaire de la doctrine et de la jurisprudence.

En somme, quelle est la nature du droit de la femme sur le Fonds de commerce propre au mari ? On ne peut pas dire qu'elle ait un droit qui appartienne à elle seule. Il nous apparaît que la femme, en cette occurrence, est munie seulement de l'exercice d'un droit qui appartient à la communauté, à savoir le droit pour la communauté de percevoir les fruits des propres.

Y regarder, c'est exactement le phénomène auquel nous assistons. La femme, en exploitant le Fonds de commerce propre au mari, en voit tomber les fruits dans la

communauté, tout à fait comme si cette gestion était assurée par le mari lui-même. La propriété reste, en tout cas, au mari.

58. — Il semble qu'il doive en résulter que la femme, malgré les droits qu'elle tire de la loi en sa qualité de marchande publique, n'a pas, sur ce bien, le pouvoir d'effectuer des actes de disposition, ni même de donner le Fonds de commerce en nantissement.

Ceci nous paraît devoir être la solution nécessaire. Sous l'arrêt de Pau précité (24 octobre 1910, D. 1912, 2-5), dans une espèce où il était question d'un Fonds de commerce commun, le rédacteur de la note s'exprimait ainsi : « Par le fait de l'autorisation, le mari a levé l'obstacle qui empêchait sa femme d'engager la communauté : son autorisation va permettre à celle-ci, en qualité de co-propriétaire, d'engager les biens de la communauté ». Si donc la femme peut aliéner le Fonds de commerce commun, c'est parce qu'elle en est co-propriétaire et que le mari lui a, en quelque sorte, délégué le pouvoir, qui lui appartient, de faire les actes d'administration les plus étendus, par conséquent de disposer à titre onéreux. Mais nous ne trouvons pas le même aspect au cas qui nous intéresse présentement. La femme n'a, en principe, aucun droit sur les propres du mari. L'autorisation par le mari de faire le commerce, en utilisant son Fonds de commerce propre, ne contient pas pouvoir pour la femme de l'aliéner. En l'absence d'un texte s'appliquant à ce point spécial, il semble impossible d'étendre à notre cas les règles que l'on a formulées au sujet de la gestion d'un Fonds de commerce.

SECTION II

FONDS DE COMMERCE PROPRE A LA FEMME

59. — Lorsque nous nous trouvons en présence d'un Fonds de commerce propre à la femme, les droits du mari se trouvent considérablement réduits.

En premier lieu, la propriété en restant à la femme, celle-ci a seule qualité pour les aliéner, et on n'exige que l'autorisation du mari. La jurisprudence, après des discussions que nous ne faisons que rappeler, a décidé que le mari n'avait même pas le pouvoir d'aliéner les meubles de la femme. Il suffit d'appliquer simplement cette solution aux Fonds de commerce. La seule difficulté qui pourrait se présenter provient de ce que le mari est autorisé à aliéner les meubles consommables par le premier usage (Arg. art. 587), et ceux qui sont destinés à être vendus (Arg. art. 1851).

En résulterait-il que le mari pourrait disposer des marchandises du Fonds de commerce ? La question a été déjà étudiée (Entrée du Fonds de commerce en communauté : Chapitre 1^{er}). On a également décidé, depuis longtemps, que, pour faire échapper au droit de gage et de saisie des créanciers personnels du mari le Fonds propre à la femme, il n'était pas nécessaire de prouver sa propriété par inventaire ou état en bonne forme. Un arrêt de Paris (23 février 1835, S. 35, 2, 68) a, en effet, décidé que ces modes de preuve étaient inutiles pour un Fonds de commerce, s'il n'a pas d'ailleurs changé de nature.

(Voir aussi Seine, 16 mai 1865, *Rev. Not.*, n° 1350. — Rodière et Pont, II, n° 49). D'ailleurs cette question sera traitée, dans son ensemble, dans la Deuxième Partie, à propos des reprises de la femme.

60. — Restent à étudier les pouvoirs d'administration. Par l'art. 1428, alinéa 1, du Code civil, « le mari a l'administration de tous les biens personnels de la femme ».

Tantôt ce pouvoir est exercé complètement par le mari.

Tantôt il lui est retiré ou restreint par le contrat de mariage.

Tantôt, enfin, le mari abandonne, de fait, cette administration à la femme. Nous rangeons dans cette dernière alternative le cas où le mari a autorisé la femme à exercer comme marchande publique la gestion du Fonds de commerce dont elle est propriétaire.

En somme, dans le premier cas, le mari est commerçant et sa femme ne l'est pas. Dans les deux autres cas, la femme est commerçante et le mari ne l'est pas. Si bien que nous retrouvons ici les problèmes que nous avons pu déjà envisager en parlant du Fonds de commerce commun et du Fonds de commerce propre au mari. Il suffit de renvoyer à ces divisions, en se bornant, ici, à quelques indications rapides et à l'exposé des solutions particulières au cas que nous étudions.

Que la gestion soit assurée par le mari ou par la femme, les revenus tombent en communauté. Ils sont biens réservés, quand cette gestion est assurée par la femme.

Si la gestion est assurée par le mari, il engage ses propres et la communauté ; mais il n'engage pas les propres de la femme.

Si, au contraire, la femme exerce, en qualité de commerçante, l'exploitation de son Fonds de commerce propre, elle engage certainement ses propres, puisque l'autorisation du mari suffit à ce résultat. Elle ouvre aussi à ses créanciers le droit de poursuivre la communauté ou le mari.

Et, là encore, se pose la question, que nous avons déjà vue, de savoir quelle est la nature de l'engagement du mari, et l'étendue de son obligation.

Mise en faillite, seuls les propres de la femme sont compris dans la masse de la faillite, et les biens de la communauté et du mari seront seulement sujets aux voies de recours du Droit civil (Thaller et Percerou, n° 172).

61. — Il faut signaler, en outre, une conséquence intéressante, du fait que, la femme étant commerçante, les dettes sont prouvées, contre elle, non par les preuves du Droit civil, mais par celles du Droit commercial.

En ce qui concerne donc les dettes de la femme antérieures au mariage, pour qu'elles tombent en communauté, il n'est pas nécessaire qu'elles aient date certaine, comme l'exige l'article 1410 du Code Civil, mais, au contraire, elles pourront être prouvées par tous les modes de preuves admis à l'égard des commerçants.

CHAPITRE V

Gestion du Fonds de Commerce pendant l'Instance en Séparation ou en Divorce

62. — La communauté continuant pendant le cours des instances en séparation ou en divorce, il semble, au premier abord, que les pouvoirs respectifs des époux sur le Fonds de commerce, commun ou propre à l'un d'eux, ne doivent pas être modifiés. Par conséquent, le Fonds de commerce continue à être exploité par l'époux qui en avait la gestion. Si c'est le mari, il conserve le pouvoir d'administrer le Fonds de commerce, commun, propre à lui ou même propre à sa femme, et d'aliéner le Fonds de commerce, commun ou à lui propre. Bien entendu, les actes du mari pourraient être annulés en cas de fraude contre la femme ou contre les créanciers de celle-ci (Voir pour une vente déclarée fictive, Paris, 25 février 1902, Pand. F. ch. 1904, 2, 361).

La femme conserve, de son côté, tous les pouvoirs

dont elle disposait si elle avait la gestion du Fonds de commerce. Il est vrai que le mari a toujours la possibilité de révoquer son autorisation. Mais la femme, dans ce cas, aura encore la faculté de s'adresser au tribunal, et l'on a vu même le Président du tribunal statuer, dans l'ordonnance de non conciliation, que la femme serait laissée à la tête de son commerce, en dépit de la volonté contraire du mari (Amiens, 14 avril 1899, rec. 1899, 190 ; Paris, 5 juin 1901, *Gaz. Trib.*, 1901, 2^e semestre, 2, 53 ; Douai, 17 décembre 1902, *Gaz. Trib.*, Rec. 1^{er} semestre 1903, 2, 443).

63. — Cependant, il est naturel que, pendant ces instances, on pense à sauvegarder les intérêts de l'époux qui n'assure pas l'exploitation du Fonds de commerce. Ces pouvoirs ne sont pas extrêmement étendus. La femme ne peut demander la nomination d'un séquestre (Paris, 17 janvier 1889, Req. 26 mars 1889 ; Paris, 30 octobre 1894 ; Montpellier, 24 décembre 1894 ; Paris, 13 février 1896. — Répertoire Defrénois, n^o 20.005) ; la femme ne peut pas non plus faire désigner son mari comme séquestre, ni le faire assujettir aux obligations d'un séquestre (Auxerre, 24 août 1916, Rep. Def., eod. loc.). Toutefois, on nommera un séquestre en cas d'incurie ou de fraude du mari (Lyon, 3 juin 1891 ; Cass., 10 juin 1898 et Cass., 28 juin 1891. — Rep. Deh. eod. loc.).

Même si le Fonds de commerce était propre à la femme, celle-ci n'en pourrait demander à toucher les revenus, à moins, bien entendu, que ceux-ci lui soient attri-

bués à titre de pension alimentaire (Req., 31 mars 1908. Requête, 14 décembre 1908, eod. loc) ou à moins encore que ces revenus aient le caractère de biens réservés.

En revanche, sont permises les mesures conservatoires qui ne doivent pas porter atteinte aux pouvoirs de l'époux gérant le Fonds de commerce. C'est ainsi que la femme pourrait faire faire l'inventaire de tous les biens de la communauté, y compris le Fonds de commerce. (Paris, 23 janvier 1919, au Dalloz, 1920, 2, 102); elle pourrait, de même, faire apposer les scellés conformément à l'article 242.

64. — Nous avons dit que le mari conserve le pouvoir d'aliéner le Fonds de commerce commun et que la femme pouvait faire annuler cette vente, s'il y avait eu fraude à son égard. On peut se demander si la femme ne jouit pas d'une autre protection et si, notamment, elle ne pourrait pas user, en cette occasion, de l'article 5 de la loi du 17 mars 1909. Cette loi décide, en effet, que, lorsque le prix de vente d'un Fonds de commerce ne suffit pas à désintéresser les créanciers inscrits ou opposants, ceux-ci peuvent former surenchère du sixième. La femme sera-t-elle admise à former cette surenchère en invoquant l'article 242 du Code Civil, qui permet à chaque époux, pendant l'instance en divorce, de prendre, avec l'autorisation du juge, toutes mesures conservatoires nécessaires pour la garantie de ses droits.

On se prononce généralement en sens contraire. En premier lieu, la surenchère est plus qu'un acte conserva-

toire. Elle peut, en effet, aboutir à l'éviction de l'acquéreur primitif et à l'acquisition du Fonds par la femme, à défaut de nouvelle enchère. Or, l'article 242 autorise seulement les actes conservatoires.

En outre, pour former la surenchère, il faut être créancier inscrit ou opposant. Or, la femme n'est pas créancière de sa part dans la communauté ; elle en est co-propriétaire. Elle n'en est même que propriétaire éventuelle. Un arrêt de la Chambre des Requêtes du 16 novembre 1921 (Rép. Def., article 20087) a statué « que pour établir l'insuffisance du prix de vente du Fonds, on ne saurait tenir compte des droits que la femme commune en biens pourrait, éventuellement, en cas d'acceptation de la communauté, faire valoir sur l'actif commun ». Il résulte de cet arrêt, conforme aux principes généraux, que, pour calculer si le prix de vente du Fonds de commerce est suffisant pour désintéresser les créanciers, on ne doit pas ajouter, au total des sommes dues aux créanciers inscrits ou opposants, le montant éventuel des droits de la femme sur la communauté. Il semble, par contre, qu'on doive y ajouter le montant des reprises en deniers et indemnités que la femme aurait le droit d'exercer contre son mari, et même que la femme puisse exercer cette surenchère à l'occasion de ses reprises. Si l'on décidait en sens inverse, en effet, la femme se trouverait dépourvue de toute protection contre l'acte de son mari, puisqu'elle n'a pas d'hypothèque légale sur le Fonds de commerce. Il vaut peut-être mieux lui reconnaître le droit de faire cette

surenchère que de l'obliger à annuler la vente comme frauduleuse.

Ainsi devrait-on, tout au moins, en décider en législation si on estime que cette surenchère est plus qu'un acte conservatoire et que le droit à faire cette surenchère lui est refusé par l'article 242.

65. — Il résulte, a contrario, de ce que nous venons de dire que, si le mari avait été constitué gardien judiciaire ou séquestre du Fonds de commerce, dans les termes de l'article 242, il ne pourrait l'aliéner (Rambouillet, 3 mai 1901, *Gaz. Pal.*, 1901, 2-38).

66. — Le pouvoir de l'épouse du commerçant se borne donc, en définitive, pendant le cours de l'instance en séparation ou en divorce, à exiger que la situation des biens ne soit pas modifiée pendant le cours de ces instances. On sait, d'autre part, que, dans les rapports entre époux, le jugement de séparation ou de divorce rétroagit au jour de la demande. A compter de ce moment, ce n'est plus, pour les époux tout au moins, la communauté qui continue, mais une indivision consécutive à la communauté, analogue à celle qui existe après la dissolution du mariage par décès de l'un des époux. Nous renvoyons donc aux explications que nous donnerons à notre Deuxième Partie, à ce sujet. Bornons-nous à dire ici que le mari doit porter à l'actif de la communauté tous les revenus des biens qui en dépendent depuis le jour de la demande en divorce jusqu'au jour de la liquidation des reprises et de la communauté. Par contre, puisqu'il n'y a plus de communauté, chacun des époux

reprend la libre disposition des fruits de son activité. Lorsqu'il s'agit de la gestion d'un Fonds de commerce, on doit, dès lors, décomposer pour déterminer ce qui est le produit du travail et le revenu du capital. L'époux qui a la gestion du Fonds de commerce, en conservera tous les profits, comme d'ailleurs, il en supportera les pertes. Par contre, il devra indemnité à la communauté des intérêts de la valeur du Fonds (Besançon, 21 janvier 1903, *Gaz. Trib.*, Rec. 1900, 1^{er} semestre 2-421. Voir décision analogue pour un office : Aix, 10 mai 1906, au Dalloz de 1908, 2, 401 ; Contra, 20 juillet 1895, Rec. Havre 1895, 1, 155).

Le conjoint n'ayant plus le contrôle de l'activité du commerçant, la femme ne serait pas fondée à demander la liquidation d'une Société de fait ayant existé entre son mari et une tierce personne pendant le cours de l'instance en divorce (Requête, 18 juillet 1910, au Dalloz 1913, 5-3).

CHAPITRE VI

La Faillite et ses Répercussion sur la Communauté et sur les Propres

67. — Notre étude nous a jusqu'à présent entraîné à n'envisager que les conséquences qui découlaient, à l'égard de la communauté et des biens propres des époux, de la gestion d'un Fonds de commerce prospère.

Il est temps de présenter maintenant l'exposé de la situation de ces mêmes masses de biens lorsque le gérant du Fonds de commerce est mis en faillite.

SECTION PREMIÈRE

FAILLITE DU MARI

§ I. — *Dessaisissement du failli*

68. — Le premier effet du jugement déclaratif de faillite est d'opérer le dessaisissement, pour le failli, de l'administration de tous ses biens.

Il n'est pas inutile de rappeler les raisons de cette décision pour en comprendre les effets. Les auteurs, en dépit des controverses, indiquent ordinairement deux motifs principaux : D'abord on craint que le commerçant obéré, laissé à la tête de son commerce, en parachève la ruine par son incapacité, ou entreprenne des opérations frauduleuses contre ses créanciers. On estime, en outre, que les créanciers sont investis d'un droit réel, d'une sorte de nantissement général sur les biens de leur débiteur. Tout en laissant au commerçant son droit de propriété sur ses biens, on doit en assurer la sauvegarde dans l'intérêt de ses créanciers. Le jugement déclaratif de faillite aura, en conséquence, pour effet, d'empêcher de la part du débiteur tout acte qui serait de nature à modifier l'état de son patrimoine. L'administration lui en est retirée et confiée à un syndic, représentant des créanciers. En somme, le principe de la faillite est le même que celui du gage : le débiteur est dépossédé de son bien ; le créancier gagiste en garde la détention en attendant qu'il obtienne soit le paiement contre lequel il rendra le bien du débiteur, soit, à défaut de paiement, le droit de faire vendre le bien, pour se payer sur son prix.

On comprend, dès lors, pourquoi tels biens sont compris dans le dessaisissement et pourquoi tels autres y échappent.

Le failli est dessaisi de tous les biens sur lesquels il a un droit de propriété. C'est qu'en effet tous ces biens constituent le gage des créanciers. Le syndic aura désormais la garde et l'administration de tous les biens

sur lesquels les créanciers ont un droit de poursuite. Il agit ainsi pour le compte de tous, la faillite substituant une action collective aux voies d'exécution particulières de chaque créancier.

« Tous ses biens », qu'est-ce à dire ? La loi a voulu entendre tous les biens dont le failli est ou deviendra propriétaire pendant son état de faillite. Seuls resteront soumis à son administration les biens insaisissables et l'on sait que la jurisprudence ne classe plus dans cette catégorie les rentes sur l'Etat.

Le failli perdra donc l'administration de tous ses propres. Il perdra aussi celle des biens communs, ceux-ci et ceux-là étant confondus au regard des créanciers, par suite du pouvoir du mari d'obliger les uns et les autres.

L'article 443 du C. Com. étend même cet effet du désaisissement dans l'avenir, à tous les biens qui écherront au mari avant la clôture de la faillite.

Le failli conserve, en revanche, l'administration qui lui appartient, de par la loi, ou de par la convention, sur des biens dont il n'est pas le propriétaire et qui, par conséquent, ne font pas partie du gage des créanciers de la faillite : biens des enfants mineurs dont il a la jouissance légale, propres de la femme, biens appartenant à des tiers qui lui en ont confié l'administration...

Ces deux sortes de biens, biens des mineurs, propres de la femme, nous intéressent seuls ici. Sans doute, ces biens n'appartiennent pas au mari et l'on comprend que les créanciers n'aient aucun droit sur eux-mêmes. Mais les revenus en sont acquis au mari, ou à la commu-

nauté, ce qui revient au même en l'espèce. Le dessaisissement ne devrait-il pas, dès lors, porter également sur eux, en raison de ce qu'ils sont frugifères? On est d'accord pour décider le contraire. Ces biens sont en effet affectés à un besoin spécial et qui subsiste : le droit de jouissance légale est considéré comme la compensation des charges d'entretien et de l'éducation de l'enfant ; la jouissance des propres de la femme représente la contribution de celle-ci aux charges du ménage. La puissance paternelle et la puissance maritale persistent malgré l'état de faillite ; il faut donc laisser au mari le pouvoir de percevoir ces revenus et d'en disposer, conformément à des besoins que l'état de faillite, est-il besoin de le dire ? ne fait pas cesser.

Mais l'excédent de ces revenus, ce qui constituerait pour le mari un bénéfice, ne subira-t-il pas le sort des biens soumis à la loi de la faillite ? La logique l'exigerait peut-être et il apparaît, sans doute, que les créanciers de la faillite sont généralement plus intéressants que le failli, auquel on laisse pourtant ces bénéfices. C'est que l'excédent en recettes qui se produit à un moment donné compense les déficits survenus à d'autres périodes de la gestion. C'est surtout parce que le père et le mari n'ont pas à rendre compte aux créanciers de la faillite de la façon dont ils opèrent la gestion de biens qui n'intéressent pas ces créanciers, ni non plus, par conséquent, des résultats de cette gestion.

69. — Ayant indiqué l'étendue du dessaisissement du mari, il n'entre pas dans le sujet de notre étude de

suivie plus avant l'administration des biens qui va être confiée au syndic, représentant la masse des créanciers, sous la surveillance du juge commissaire, et, le cas échéant, de contrôleurs désignés par les créanciers.

Qu'il nous suffise de dire que le débiteur est désormais privé d'action sur les biens dont il est dessaisi. On pense au conducteur d'une machine auquel on a retiré toutes les commandes pour les confier à une personne plus sûre et qui dirigera dans l'intérêt de tous. Ni les contrats, ni les délits, nés postérieurement au jugement déclaratif de faillite ne seront opposables à la masse. Mais encore peut-on l'expliquer en raison de ce que ces engagements ont pour caractère d'être volontaires et de ce qu'on peut soupçonner le failli d'avoir voulu aggraver sa situation et porter tort à ses créanciers. Cependant, la même décision est généralement donnée pour les quasi-délits, ce qui est peut-être exagéré. Remarquons bien, d'ailleurs, que s'il s'agit de contrats formés avant le jugement déclaratif ou de délits et quasi-délits antérieurs à ce jugement, ils seront opposables à la masse, même s'ils n'étaient pas reconnus en justice lors du jugement prononçant la faillite (Cf. Thaller et Percerou. *Traité Elém., Droit Com.*, 1922, n° 179/4 et note).

70. — En revanche, il ne faut pas conclure de ce que ces engagements ne sont pas opposables à la masse à ce qu'ils soient sans valeur vis-à-vis du mari. Ils ne sont pas exécutables sur les biens compris dans la faillite, et voilà tout. Le mari n'en est pas moins tenu, après la clôture de la faillite, après le concordat ou les opérations

de l'union ; les biens nouveaux du mari répondront de ces engagements et aussi les biens qui lui seront restitués par le syndic. Il est, en outre, intéressant de constater que malgré la faillite, l'état de communauté continue, si par ailleurs le mariage subsiste et si la femme n'a pas demandé la séparation de biens. Ce qui peut étonner, c'est que les biens de cette communauté puissent être tous absorbés du fait de la faillite ; mais, communauté sans biens, elle subsiste cependant comme régime. Par conséquent, les engagements du mari, non opposables à la masse, affectent cependant les biens qui, d'une façon ou d'une autre, viendront à dépendre de la communauté, sans être soumis au droit exclusif des créanciers de la faillite.

Les actes annulés comme étant compris dans la période suspecte sont-ils tout de même opposables à la communauté ?

Il semble que non^o : les actes à titre onéreux annulés le sont en raison de fraude.

71. — On sait que sous le régime du Code de 1807, le dessaisissement avait un effet rétroactif et qu'il partait de la date de cessation de paiements. La Loi de 1838 a modifié cette disposition exagérée. Elle a donné des solutions différentes selon la nature de l'opération accomplie par le débiteur pendant la période suspecte. Nous n'analyserons pas ces solutions que nous nous contenterons de rappeler :

72. — Les paiements et les actes à titre onéreux sont *annulables* à la demande du syndic et sous le couvert de

l'appréciation discrétionnaire du tribunal de commerce lorsqu'ils ont été faits pendant la période suspecte et lorsqu'on peut démontrer que le tiers, partie au contrat, avait, à ce moment, connaissance de l'état de cessation des paiements (art. 447).

Exception est faite pour le paiement d'effets de commerce échus pendant la période suspecte et recouvrés par le porteur, même, si celui-ci avait connaissance de la cessation des paiements (art. 449).

73. — Sont *nuls*... tous actes translatifs de propriétés mobilières ou immobilières à titre gratuit effectués par le commerçant pendant la période suspecte ou dans les dix jours qui ont précédé cette époque art. 446, al. 2).

Sont *nuls* les paiementt faits par le débiteur avant l'échéance de la dette ou sous la forme de dation de paiement, si ces paiements ont eu lieu dans la même période.

Sont *nulles*, enfin, les sûretés réelles constituées par le failli à des créanciers pour des dettes antérieurement contractées, si ces sûretés sont données pendant la période suspecte ou dix jours avant la cessation des paiements.

74. — Sans entrer dans le détail de ces dispositions et montrer les applications, nous devons cependant signaler, comme se rattachant plus particulièrement à notre sujet, la controverse qui s'est élevée dans le cas particulier d'une constitution de dot effectuée pendant la période suspecte.

Si on considère la constitution ou dot comme une disposition à titre gratuit, elle sera nulle conformément à l'art. 446, al. 2. Mais la Cour de cassation a voulu y trouver un acte à titre onéreux et, si cela est, il faut appliquer l'art. 447 et décider que la constitution de dot sera seulement annulable et à la condition encore que le tiers ait eu connaissance de la cessation des paiements. D'après la Cour Suprême, la disposition serait à titre onéreux à l'égard de l'époux doté parce qu'il la reçoit sous la condition de se marier. Elle serait également à titre onéreux à l'égard du conjoint, qui remplit le rôle de sous-acquéreur et vis-à-vis duquel la dot a pour but de subvenir aux dépenses du ménage. Si bien que, vis-à-vis de l'un et de l'autre époux, on se trouverait en présence d'un acte à titre onéreux soumis aux règles de l'art. 447 et non à celles de l'art. 446. Il suffirait même que l'un seul des deux époux ait ignoré l'état de cessation de paiement du donateur pour que la dot soit inattaquable. (Req. 25 février 1845, D. 45, 1, 174. — Civ. 22 août 1876, S. 77, 1, 54. — Req., 11 novembre 1878, D. 79, 1, 416. — Civ., 18 janvier 1887, D. 87, 1, 257. S. 87, 1, 97, note de M. Labbé et plus récemment, Req., 16 nov. 1910, D. 1911, 1, 500, qui a donné la même décision dans une espèce où l'époux doté était le mari).

La question est trop connue pour que nous ayions à développer tous les arguments que la Doctrine a opposés à ces décisions et qui ont déterminé et motivent encore en sens contraire un grand nombre d'arrêts des Cours d'appel. A l'heure actuelle la controverse est en quelque sorte fixée (MM. Colin et Capitant, III, p. 48.

— M. Planiol, III, n^{os} 883 et s. — MM. Aubry et Rau, § 313, n^o 27).

On peut écrire qu'il saute aux yeux que la jurisprudence de la Cour de cassation conduit à des résultats scandaleux; on pourrait croire, plutôt, à une situation de vaudeville : un père de famille voit sa situation obérée ; il est acculé à la faillite ; au lieu de déposer son bilan, de demander la liquidation judiciaire, cet homme, plus ingénieux qu'honnête, marie ses enfants, leur donne en dot tout ce qui reste de son patrimoine. La fraude est si grosse, la faute morale si lourde, que la conscience réclame pour ce commerçant non pas la faillite mais la banqueroute. Bien plus même, l'un des deux époux peut être de connivence avec le père donateur ; il suffit que le conjoint ignore la cessation de paiements pour que la dot soit inattaquable et pour que les créanciers soient désarmés devant leur débiteur. Voici donc le dol le plus facile à exécuter, le plus grossier et contre lequel on ne peut rien, même pas le châtiment du donateur incontestablement coupable. La fraude que permet la Cour Suprême n'est pas à la disposition seulement des commerçants qui ont des enfants à marier. Les arguments que donne la Cour de cassation doivent être, en bonne logique, applicables même si le donateur n'est pas le père de l'un des conjoints, même si le donateur est un étranger. En effet, dans le système de la Cour Suprême, la constitution en dot reste, à l'égard des deux époux, un contrat à titre onéreux (cf. MM. Colin et Capitant eod. loco). L'espèce ne s'est cependant pas encore présentée ; on peut en être surpris.

L'analyse de la Doctrine paraît non seulement plus équitable mais aussi plus exacte :

Dans les rapports du constituant et de l'époux doté, il faut considérer la dot comme faisant l'objet d'une disposition absolument gratuite. Les auteurs font remarquer, en effet, que si l'époux doté prend l'engagement de participer aux charges du ménage, il ne s'y oblige, en réalité, qu'envers son conjoint et non envers le donateur. Celui-ci donne et ne reçoit rien. C'est donc à son égard un acte gratuit et, à proprement parler, une donation avec charge, la charge étant ici faite dans l'intérêt du futur ménage ; ou plus simplement encore, une donation conditionnelle : « *si nuptiae sequuntur* ».

Si, au contraire, on étudie la question sous l'angle du rapport entre le constituant et le mari de la femme dotée, le mari doit être considéré comme un sous-acquéreur et un sous-acquéreur à titre onéreux, car il s'engage à employer les revenus de la dot à l'entretien du ménage.

Voici les conséquences qui découlent du système de la doctrine :

A l'égard de la femme, la dot est un acte à titre gratuit. S'il a été fait, dans la période suspecte, ou dix jours avant, il est nul de plein droit (art 446, C. Com.) mais la dot prend, à l'égard du mari, le caractère d'un acte à titre onéreux : le mari a contracté le mariage en comptant que les revenus de la dot couvriraient une partie des charges domestiques. De deux choses l'une : ou le mari a été au courant de l'état de cessation de paiement du donateur, et alors la dot sera annulable même

à son égard ; ou bien il a été ignorant de la situation de son beau-père, et dans ce cas, la nue-propiété de la dot tombera seule dans le gage des créanciers de la faillite, mais la jouissance restera au mari.

Les mêmes solutions paraissent s'imposer si la dot a été constituée en faveur du mari.

75. — Revenons maintenant à la question plus générale que nous examinions, c'est-à-dire à la nullité ou à l'annulabilité des actes accomplis par le failli pendant la période suspecte. Un doute se lève à l'esprit à la lecture de l'art. 446 du C. Com. Celui-ci déclare que les actes dont nous avons parlé sont « nuls et sans effet, relativement à la masse ».

Il paraît résulter de ces termes que nous nous trouvons en présence d'une nullité relative destinée à protéger seulement les créanciers de la faillite.

L'effet de notre article n'en sera pas moins d'obliger ceux qui ont bénéficié des actes indiqués au texte à rapporter intégralement ce qu'ils ont reçu à l'actif de la faillite. Mais si le failli est remis à la tête de ses affaires ou si, après l'union, il se trouve en possession de nouveaux biens, ne sera-t-il plus tenu de rien à l'égard de ceux qui ont été dépouillés en raison de l'art. 446 ? Nous ne pensons pas que ceux-ci puissent cependant rien réclamer. Ce n'est pas seulement, croyons-nous, à l'égard de la masse, comme l'indique l'art. 446 que les actes sont déclarés nuls. C'est à l'égard de tous. En effet, cet article pose pour les hypothèses qui y sont prévues une présomption légale contre laquelle ne serait pas re-

cevable la preuve contraire. Qu'en fait, ils aient agi ou n'aient pas agi par fraude, peu importe ; la loi soupçonneuse de la faillite considère ceux qui ont traité dans ces conditions, comme ayant été de mauvaise foi. *Consciens fraudis*, ou réputé tel, la loi ne laisse percer aucune mesure de faveur à l'égard de celui que le failli a voulu avantager : quelque chose de la honte qui est attachée à la personne du failli retombe sur celui qu'il a distingué et favorisé.

D'ailleurs le bénéficiaire de l'acte du failli n'est pas à plaindre ; ou bien, en effet, il n'était pas créancier du failli et dans ce cas la perte de la libéralité qui lui avait été faite se traduit pour lui par une simple opération blanche ; ou bien le bénéficiaire était créancier du failli, et alors il n'a pas de raison d'être mieux traité que ses collègues.

Enfin, si la nullité de l'art. 446 n'était pas une nullité absolue, il faudrait admettre la validité de tous les actes de disposition ou de cession de droits réels qu'aurait pu faire, sur la chose donnée, le bénéficiaire, avant qu'on l'oblige au rapport de ce qu'il a reçu. Mais personne n'imagine cela.

On peut même douter qu'il subsiste, pour le failli, une obligation naturelle!

76. — Nous avons montré les pouvoirs du mari failli paralysés par l'effet du dessaisissement.

Et pourtant il faut qu'il vive et que vive sa famille. Nous devons indiquer l'atténuation que la loi a portée, sur ce point, aux règles rigoureuses que nous avons rappelées.

En premier lieu, on laisse prélever au failli et à sa famille « les vêtements, hardes, meubles et effets » qui leur sont nécessaires (art. 469, 1°). Cette délivrance, d'ailleurs, est soumise au contrôle et à l'appréciation du juge-commissaire sur l'état qui en sera présenté par le syndic.

Il faut, ensuite, penser à la subsistance du failli et des personnes à sa charge. Pendant la période « informative » de la faillite, on lui attribue, à titre de secours alimentaires, des sommes prélevées sur l'actif de la faillite, fixées, sur la proposition du syndic par le juge-commissaire. Le failli peut élever une demande à ce sujet devant le Tribunal en cas de contestation (Art. 474, C. Com.).

Si les créanciers se trouvent en état d'union, ils votent à la majorité des présents si un secours pourra être accordé au failli sur l'actif de la faillite. Dans l'affirmative, les syndics en proposent la quotité qui sera fixée par le juge-commissaire. Les syndics seuls auront le droit de faire appel devant le Tribunal (art. 530, C. Com.).

Enfin, le plus souvent, dans les petites faillites tout au moins, le failli reste employé sous les ordres du syndic. Il touche, à ce titre, un salaire.

§ II. — *Situation de la femme du failli*

77. — La première utilité de la mise en faillite a été de retirer au commerçant le gage de ses créanciers et de lui substituer un administrateur. Cette première opéra-

tion ressemble aux mesures conservatoires que l'on prend sur les biens d'une succession : scellés, nomination d'un administrateur. Ceci fait, avant toute autre chose, il faut établir l'état des affaires du commerçant.

Le syndic détermine les éléments qui font partie du gage des créanciers ; en contre-partie, les tiers revendiquent les biens dont ils sont propriétaires et dont le failli se trouvait détenteur.

D'autre part, on fixe l'étendue du passif : passif privilégié et hypothécaire, passif chirographaire déclaré dans les assemblées de vérification et d'affirmation des créances.

Cette deuxième phase de la faillite a un caractère analogue à l'inventaire et à la liquidation dressés après ouverture d'une succession. Elle constitue un travail préparatoire. C'est seulement à sa fin, lorsque la situation du commerçant sera éclairée, que pourront commencer les phases essentielles : Concordat ou union.

78. — Dans le sujet que nous traitons, nous n'avons pas à suivre le sort de tous les tiers qui vont se trouver mêlés à la procédure de la faillite : créanciers divers, propriétaires usant de la revendication. Ici, une seule personne nous intéresse : la femme du failli.

La femme peut avoir trois motifs d'intervenir dans la faillite de son mari :

a) A titre de donataire du mari.

b) A titre de propriétaire, pour éviter que des biens personnels soient compris dans le gage des créanciers de la faillite.

c) A titre de créancière de tout ce qui peut lui être dû par le mari ou par la communauté.

Examinons rapidement les droits qui appartiennent à la femme en raison de ces trois qualités.

Une observation préliminaire s'impose cependant. Il faut toujours se rappeler que la faillite institue un régime de défiance. Avec le jugement déclaratif de faillite, on voit disparaître toutes les habitudes de confiance, de crédit, de bonne foi présumée qui existent dans les situations normales et qui sont surtout nécessaires dans la vie commerciale. Ce régime de défiance, qui atteint même les tiers, atteint avant tout le mari (et c'est pourquoi on le dessaisit) et, après le mari, atteint tout naturellement la femme, mieux placée que quiconque pour participer aux fraudes du débiteur.

79. — Sort des libéralités faites à la femme par le failli

La défiance où est tenue la femme se manifeste en premier lieu par l'aggravation des mesures qui sont prises contre elle au sujet des libéralités qui lui auraient été faites par le mari.

Alors que, vis-à-vis des tiers, l'art. 446, al. 2, C. Com. décidait que les dispositions à titre gratuit du mari seraient nulles si elles avaient été faites au cours de la période suspecte ou dans les dix jours qui ont précédé la date de cessation des paiements, nous trouvons, pour les libéralités faites à la femme, une décision beaucoup plus étendue et rigoureuse.

L'art. 564 C. Com. décide, en effet, que la femme « ne pourra exercer dans la faillite aucune action en raison des avantages portés au contrat de mariage ».

Remarquons, d'ailleurs, que notre texte introduit tout de suite une atténuation : pour que la femme perde de ce chef ses avantages matrimoniaux, il faut que le mari ait eu la qualité de commerçant au moment de son mariage ou qu'il soit devenu commerçant dans l'année suivante.

On peut se demander quel est l'effet de cette disposition : à quels actes s'applique-t-elle ? dans quelle mesure ces actes sont-ils rendus nuls ?

Il faut, pour répondre à cette double question, se rappeler la fin que la faillite doit remplir : on veut éviter que par fraude le mari ne diminue le gage de ses créanciers ; on répute frauduleux les actes particulièrement suspects, et à ce titre, ceux dont nous nous occupons présentement. Il semble donc que les actes dont nous parlons ne doivent être considérés comme nuls que s'ils préjudicient aux droits des créanciers de la faillite.

Supposons, par exemple, que le contrat de mariage contienne une donation de biens présents : le mari fait passer sur la tête de sa femme la propriété d'un bien déterminé. Cette disposition amoindrit le patrimoine du débiteur. Il faut la considérer comme nulle.

Si, au contraire, il s'agit d'une disposition portant sur les biens à venir, on n'a pas à s'occuper des prescriptions de l'art. 564. D'abord l'exécution de cette libéralité suppose la mort du donateur, en l'espèce le failli, pendant le cours des opérations de la faillite. Dans ce cas, la libéralité ne produira pas d'effet conformément aux règles ordinaires de la communauté et non en vertu des dispositions particulières à la faillite ; on admet, en effet,

sans aucun doute, que les libéralités ne s'exécutent que sur l'actif net : « *nemo liberalis, sine liberatus* ». Si le décès du donateur survient postérieurement à la clôture de la faillite, il faut décider que la disposition s'exercera à plus forte raison conformément au droit civil : la question ne se pose alors même plus.

Nous voyons donc qu'il ne faut pas comprendre les dispositions relatives à des biens à venir dans la catégorie des « avantages » dont l'art. 564 règle le sort. Faut-il, en revanche, y classer les dispositions que la doctrine range sous le nom de « conventions de mariage » ?

Quel serait, par exemple, le sort d'une clause de préciput ou de forfait de communauté ? Le doute vient de ce qu'on n'a pas coutume de considérer ces conventions de mariage comme des libéralités mais comme des actes à titre onéreux. On pourrait en conclure, dès lors, que ces dispositions ne sont pas régies par l'article 564 et que, tout au plus, elles doivent être traitées comme ses actes à titre onéreux, conformément à l'article 447 que nous avons étudié.

Mais il n'est pas utile de développer les conséquences qui découleraient de cette solution. En raisonnant ainsi on ne tient pas compte, en effet, de la nature des conventions de mariage que nous étudions. Sans doute, il est vrai de dire que ces dispositions ne sont pas régies par l'article 564 et qu'elles ne sont pas nulles, mais c'est parce que les biens qui font l'objet de ces dispositions font partie de l'actif de la communauté. Ils font donc partie du gage des créanciers de la communauté et du mari. La femme n'en profitera qu'à la mesure où les

biens qui lui sont attribués n'auront pas été employés à l'extinction du passif. On le sait, ces conventions de mariage, s'analysent en définitive comme des clauses de partage inégal de la communauté. Il faut donc, pour qu'elles s'exécutent, qu'il y ait quelque chose à partager. Or, en cas de faillite, tout l'actif de la communauté est affecté au paiement des créanciers.

Il ne faut d'ailleurs pas s'y tromper : ces conventions de mariage subsistent ; la faillite ne les annule pas. Si la communauté est dissoute seulement après clôture de la faillite, elles pourront produire effet.

80. — La jurisprudence a encore étendu les dispositions de l'article 564 et annule également les libéralités faites à la femme pendant le cours du mariage. Celles-ci ne sont pas moins suspectes, en effet, que les dispositions contenues au contrat de mariage. En outre, les donations entre époux ont pour caractère essentiel d'être révocables et leur révocation s'impose particulièrement lorsqu'il s'agit de désintéresser des créanciers.

Une question s'est posée à ce sujet, à propos d'un contrat d'assurance sur la vie contracté par le mari sur sa tête mais au bénéfice de la femme. Que la femme profite réellement, dans ce cas, d'un avantage, ce n'est pas douteux. D'un autre côté, la valeur fournie par la Compagnie d'assurance n'a jamais figuré dans le patrimoine de la communauté ni du mari. On ne peut donc, par une révocation, la faire comprendre dans l'un ou dans l'autre de ces patrimoines. Pendant quelque temps on a cru le contraire, parce qu'on estimait que l'indemnité

d'assurance était la représentation des primes versées par le mari. Mais aujourd'hui on analyse plus exactement l'opération que constitue un contrat d'assurance et l'on pense que l'indemnité est autre chose que la contre-partie des primes. Elle est le résultat, en partie, de la capitalisation des primes, en partie aussi de la non-réalisation d'autres risques assurés.

On admet donc que la femme ne peut être dépouillée, mais elle devra le remboursement des primes payées par la communauté : c'est un cas ordinaire de récompense.

81. — *Revendication de la femme propriétaire de ses reprises.*

Les actes du mari, nous le savons, n'engagent que son propre patrimoine et celui de la communauté. Seuls ceux-ci, par conséquent, demeurent le gage des créanciers de la faillite. On ne doit pas comprendre dans la masse les biens sur lesquels le mari n'avait qu'un choix de détention ou de jouissance : biens des tiers, biens notamment de la femme. Aussi a-t-on autorisé la revendication de ces biens par leurs propriétaires. Il fallait bien donner le même droit à la femme ; mais le législateur a craint des fraudes que la confusion des biens et la collusion des époux rendraient faciles et a soumis cette revendication à l'obligation de fournir des preuves particulièrement sérieuses du droit de propriété invoqué.

Sous le régime de communauté, la femme aura à revendiquer seulement les biens propres qui se retrouvent en nature ou les biens nouveaux subrogés à des propres

par une opération de remploi. Sur ce point, le régime de la faillite n'est d'ailleurs pas plus sévère que celui qu'a établi la jurisprudence pour les reprises que la femme prétend exercer à la dissolution de la communauté.

Quant à la preuve que la femme doit fournir de l'identité des meubles qu'elle prétend reprendre, il y a lieu désormais de distinguer la période antérieure à la loi du 29 avril 1924 et celle qui suit cette loi. L'article 560 primitif du Code de commerce calqué sur l'art. 1499 du Code civil édictait, comme seuls modes de preuves recevables, l'inventaire ou état authentique. La loi nouvelle a modifié, sans rétroactivité, ces prescriptions et adouci un régime trop rigoureux qui, ainsi qu'on l'a dit, sacrifiait aux droits des créanciers les intérêts particulièrement légitimes du conjoint : depuis la loi du 29 avril 1924, ce dernier n'est plus tenu de fournir que les preuves du droit commun. Nous étudierons d'ailleurs plus longuement ces questions dans notre II^e partie au chapitre des Reprises.

Depuis la loi du 3 juillet 1907, la femme pourra également faire la reprise de ce qui constitue ses biens réservés. Elle en conserve l'administration. En raison des difficultés que la femme peut avoir à établir, soit la provenance, soit la consistance de ses biens réservés, la loi de 1907 a autorisé la femme à se servir de tous les modes de preuve, sauf la preuve par commune renommée, et cela aussi bien à l'égard des créanciers du mari que du mari lui-même. Comme nous ne possédons pas de texte spécial à ce sujet, dans la législation de la faillite ; comme, au surplus, il est impossible d'appliquer à ces

biens le régime établi par la reprise des biens propres, on conserve, même en cas de faillite, le régime bienveillant pour la femme, inventé par la loi de 1907. Ce point, jusqu'à la loi du 29 avril 1924, n'était guère en harmonie avec l'ensemble des règles établies pour déterminer les droits de la femme à l'égard de la faillite. Mais ce désaccord temporaire est une des nombreuses étapes par lesquelles l'esprit moderne a modifié, en jurisprudence et en législation, l'œuvre des législateurs de 1804 et de 1807.

Reste une question à étudier. La revendication qu'on permet à la femme d'effectuer, a tout le caractère d'une reprise. Il n'y a pas à s'en étonner ni à formuler d'observation si la femme a demandé en justice la séparation de biens. Dans ce cas, en effet, la communauté se trouve dissoute et la reprise des biens propres est exercée normalement.

Mais on sait que rien n'oblige la femme à demander la séparation de biens. L'état de faillite n'entraîne pas par lui-même modification du régime matrimonial.

Aussi décide-t-on qu'il n'y a pas à proprement parler reprise, mais plutôt retrait de biens qui doivent échapper à l'action des créanciers du mari. Ce retrait n'a lieu qu'en vue de la créance éventuelle que la femme aura à exercer à la dissolution de la communauté. Et, nous l'avons vu plus haut, le mari conserve l'administration et la jouissance de ces biens propres.

82. — *La femme créancière.*

Il nous reste à examiner une dernière qualité, qui fera que la femme interviendra dans les opérations de la fail-

lite. C'est lorsqu'elle sera créancière du mari. Cette situation peut se produire de deux façons différentes :

La femme a payé de ses deniers des dettes du mari.

La femme demande à faire la reprise des deniers et valeurs qui ont composé sa dot ou qui lui sont échus au cours du mariage.

En ce qui concerne le premier chef, cette situation ne peut se produire que d'une façon exceptionnelle sous le régime de communauté. En effet, sous le régime de communauté, les deniers de la femme qui auraient pu être utilisés au paiement des dettes du mari sont uniquement des deniers ayant le caractère de propres. Ils sont donc soumis aux règles données pour les propres et feront l'objet d'une reprise en deniers, ce qui fait rentrer ce problème dans le deuxième cas. Quant aux deniers qui auraient le caractère de revenus de propres, il n'appartiennent pas à la femme mais à la communauté et sont donc compris dans la masse de biens soumis aux droits des créanciers du mari et de la communauté.

Si cependant des dettes du mari avaient été payées avec des deniers faisant partie des biens réservés, il semble que la femme puisse en réclamer la reprise en établissant son droit sur ces deniers par tous les modes de preuve, sauf la preuve par commune renommée, conformément à la loi de 1907, ainsi qu'on vient de le dire.

Si la femme se présente pour exercer une reprise en deniers de sa dot ou des valeurs qui lui sont échues au cours du mariage, la femme doit prouver d'abord la consistance de la reprise qu'elle prétend exercer, ensuite la réception par le mari de ces valeurs en deniers.

Le premier point doit être prouvé, conformément au régime que l'on applique aux reprises exercées à la dissolution de la communauté contre les créanciers de la communauté et du mari ; nous renvoyons aux explications données plus loin à cet égard (II^e partie, chap. III).

Quant à la preuve à fournir de la réception par le mari des deniers et valeurs propres à la femme, l'ancien article 563 du Code de Commerce exige qu'elle soit établie par acte ayant date certaine. La loi du 29 avril 1924 a supprimé l'obligation de présenter des actes à date certaine et a permis l'usage de toutes les preuves du droit commun. Remarquons que, dans le régime antérieur à la dernière loi, il fallait que la date certaine exigée soit antérieure au jugement déclaratif de la faillite. Ceci était d'ailleurs la simple conséquence du phénomène de dessaisissement qui frappe le failli à partir de cette date et qui enlève à ce dernier toute qualité pour recevoir des deniers. Même s'il les avait encaissés, — et cela peut être douteux — cela ne sera pas opposable à la masse de la faillite.

Signalons encore que dans le régime antérieur à la loi de 1924, le fait de la réception des deniers par le mari était suffisamment prouvé lorsque le contrat de mariage contenait la stipulation, à propos de ces deniers, que la célébration du mariage vaudrait quittance de leur versement : la conclusion du mariage est, en effet, un acte authentique et ayant date certaine.

83. — *La femme peut-elle opposer la compensation ?*

Dans le règlement de comptes intervenant entre la femme et la masse de la faillite, la femme présente généralement à la fois la qualité de créancière et celle de débitrice. D'une part, elle réclame le montant de ses reprises. D'autre part, elle est tenue à des récompenses.

La jurisprudence a déduit des lois de la faillite toute une série de dispositions qui font que la compensation entre les dettes du failli et les créances qu'il a contre ses propres créanciers n'est pas toujours possible. Nous examinons seulement ici si la femme peut invoquer la compensation. Mais il faut cependant montrer brièvement comment la question se pose dans la situation ordinaire entre créancier et failli.

La loi de la faillite est plus facile en matière de compensation légale qu'en matière de compensation conventionnelle. La compensation légale produit son effet jusqu'au jugement déclaratif de faillite. La compensation conventionnelle est vue avec moins de faveur. On peut craindre, en effet, qu'elle contienne une fraude : créancier et débiteur s'entendront pour lever l'obstacle qui empêchait qu'entre leurs dettes et créances réciproques s'opère la compensation légale : l'une des dettes, par exemple, n'était pas liquide, ou n'était pas exigible.

Aussi décide-t-on, en principe, que cette compensation ne sera pas admise, non seulement après le jugement déclaratif de la faillite, mais encore si elle a eu lieu pendant la période suspecte ou dix jours avant la cessation des paiements.

Si nous en revenons à la compensation offerte par la femme, il faut d'abord remarquer que c'est une compensation conventionnelle. Dès lors, devra-t-on décider qu'elle ne sera plus possible depuis le dixième jour qui précède la date de cessation des paiements ? La jurisprudence autorise cependant, dans ce cas, la compensation. (Caen, 27 juin 1874 ; Amiens, 15 mai 1877, S. 79, 2, 145, note de Labbé. — Cass., 3 mars 1891, S. 92, 2, 190).

Ces décisions sont généralement motivées par la raison que l'on trouve une indivisibilité dans le compte de la communauté. M. Percerou (Faillites, dans le *Traité Général du Droit commercial*, de M. Thaller, 1913, n° 870), fait observer que le terme employé n'est pas parfaitement exact. Il faut accepter la décision de la jurisprudence, mais c'est en raison de la *connexité* qui existe entre les créances de la femme et les récompenses dues par elle à la communauté. Il y a, dit M. Percerou, une pénétration des deux dettes telle que le syndic ne peut pas demander l'exécution de l'une sans offrir, en contre-partie, le paiement de l'autre. La même solution, d'ailleurs, s'applique dans un cas analogue : celui d'un compte courant entre le failli et son correspondant. On admet que l'on fait seulement état du solde du compte courant ou du solde de la balance des reprises et des récompenses. Selon l'importance des unes ou des autres, la femme sera créancière ou débitrice de ce solde à l'égard de la masse de la faillite.

L'intérêt pour la femme de cette décision n'est pas seulement qu'elle lui évite le paiement de tout ou par-

tie de ce qu'elle doit. Il se manifeste également à un autre point de vue. La femme a plus de chance d'être couverte par son hypothèque légale du solde créancier de son compte que de la totalité de sa créance. Si on ne lui permettait pas la compensation, il faudrait qu'elle paie intégralement le montant des récompenses qui sont à sa charge ; elle se présenterait bien, à la vérité, comme créancière de l'intégralité de ses reprises, mais son hypothèque légale pourrait être insuffisante à lui garantir cette somme entière.

84. — Hypothèque légale de la femme.

Le Code Civil (art. 2121, art. 2135, 2^o) a donné à la femme, pour garantir les diverses créances qu'elle a contre le mari, une hypothèque légale qui s'étend à tous les immeubles du mari.

Le Code de Commerce (art. 563) oppose, en cas de faillite, une limitation sérieuse à l'étendue de cette hypothèque légale. Cette réduction n'a lieu, d'ailleurs, que si le mari était commerçant au moment de son mariage ou s'il l'est devenu dans l'année suivante. Si le mari n'est devenu commerçant que postérieurement, l'hypothèque légale de la femme reste entière parce que la femme n'a pas pu prévoir, en se mariant, que le mari prendrait la qualité de commerçant.

Dans le cas où la restriction devrait être faite, l'hypothèque légale ne frappe que les immeubles qui appartiennent au mari à l'époque de la célébration du mariage, et ceux qui, depuis cette date, lui sont advenus par donation, succession ou legs.

Le but du législateur a été simplement de soustraire à l'assiette de l'hypothèque légale les immeubles acquis par le mari pendant le mariage à titre onéreux.

On dit que la raison en est que ces immeubles ont été achetés et payés avec l'argent des créanciers et qu'il est juste que la valeur entière de ces immeubles soit affectée au remboursement de ces créanciers.

En somme, il y a, sur ce point, un surcroît de rigueur contre la femme. Il aurait peut-être été suffisant d'exiger d'elle, comme on l'a fait ailleurs, des preuves rigoureuses de son droit. Mais on a encore craint que le mari n'achète des immeubles dans le seul but d'assurer à la femme l'entier remboursement de ses créances grâce à sa situation de créancière hypothécaire.

Du moins, pourrait-on croire qu'après cette réduction légale, le droit de la femme soit assuré sur tous les immeubles non acquis à titre onéreux par le mari pendant le mariage. Il se présente, cependant, des difficultés. En voici quelques-unes :

L'hypothèque légale s'étend-elle aux accroissements de l'immeuble du mari ?

En principe oui, à cause de la théorie de l'accessoire. (Caen, 3 juin 1865, S. 65, 2, 310). La doctrine soutient pourtant le contraire lorsque ces accroissements ont été obtenus à titre onéreux : ainsi en serait-il pour un terrain appartenant au mari sur lequel celui-ci aurait fait élever un bâtiment pendant le mariage. La construction, ayant été élevée à prix d'argent pendant la communauté, ne serait pas soumise à l'hypothèque légale, puisqu'elle n'entre pas dans les catégories d'immeubles qui

y sont affectés par l'article 563, al. 1. Cette interprétation se heurte au principe de l'indivisibilité de l'hypothèque. Elle est conforme, par ailleurs, à l'esprit de la disposition générale de l'article 563. Peut-on, cependant, étendre la portée d'un texte exceptionnel ?

Une autre difficulté naît lorsque le mari possédait, au moment du mariage, un droit indivis dans une succession immobilière. Pendant le mariage, le mari reçoit, par l'effet d'un partage ou d'une licitation, la propriété de l'immeuble entier. L'hypothèque légale de la femme qui frappait déjà la part indivise de l'immeuble, va-t-elle s'étendre aux parts acquises ?

85. — Nous avons essayé de résumer les droits de la femme par rapport à la faillite. La femme exerce le plus souvent ces droits en demandant, en justice, la séparation de biens : une liquidation de reprises, et même de communauté parfois, règlera la situation de la femme à l'égard de la faillite. Mais la séparation de biens n'est pas une mesure légale obligatoire et déterminée de droit par la mise en faillite. Bien plus même, la plupart des droits de la femme pourra être exercée par elle sans qu'elle demande la séparation de biens. Enfin, une dernière attitude reste à la femme vis-à-vis de la faillite : c'est l'inaction. Nous devons passer en revue, sommairement ces trois positions.

86. — Le plus souvent la femme demande la séparation de biens.

Parfois, elle n'attend même pas, pour le faire, que le

mari soit acculé aux dernières extrémités. On le voit, la femme peut former sa demande aussitôt que le remboursement de sa dot et le paiement de sa dot sont en péril.

Il arrive donc fréquemment que le jugement de séparation soit prononcé avant la faillite. Une liquidation des reprises doit suivre le jugement dans la quinzaine de son prononcé (C. Cic., art. 1444). Si cette liquidation est opérée pendant ce délai mais pendant la période suspecte le syndic pourra-t-il faire annuler les paiements et autres actes à titre onéreux exécutés en vertu de cette liquidation ? Applique-t-on à notre cas l'art. 446, C. Com. ? Ce point est sujet à controverse.

D'une part, on peut dire que l'article 446 est d'une application générale.

D'autre part, on a dit que ce n'était pas l'article 446 mais plutôt l'art. 447 qui régissait cette question. Le rapport par la femme de ce qu'elle aurait reçu serait exigé toutes les fois qu'elle aurait su la cessation des paiements.

Une théorie mixte fait à ce sujet une distinction selon que la femme a accepté la communauté ou y a renoncé. Pour le paiement de ses reprises, la femme serait soumise aux règles de l'article 447. Cependant si le paiement de ces reprises avait été effectué sous forme de dation en paiement, la femme tomberait sous le coup de l'art. 446, al. 3. Ceci au cas où la femme aurait renoncé à la communauté. Si la femme, au contraire, a accepté la communauté, les avis sont encore divisés mais en général on se prononce pour la nullité absolue, en vertu de

l'art. 446, de tous paiements et de toutes attributions faites à la femme.

Dans ce désarroi, M. Percerou (op. cit., n° 621) propose une solution évidemment plus simple. Il valide, même à l'égard de la masse, tous les paiements faits à la femme en vertu de la liquidation. Toutes les opérations en ont été effectuées par ordre de justice, par ministère de notaire. Ces opérations ont donc le caractère de *paiements judiciaires* et l'on admet que l'art. 447 ne s'applique pas à cette catégorie de paiements.

Cette solution elle-même n'est peut-être pas à l'abri de toute critique. En tout cas, elle éviterait seulement l'application de l'article 447. La jurisprudence actuelle (Cass., 21 décembre 181, S., 82, 1, 202) se prononce bien, en effet, pour la validité des paiements judiciaires. Mais elle a donné cette opinion dans une espèce où il s'agissait d'une saisie-arrêt aux mains d'un débiteur ou commerçant. Appliquerait-elle une solution identique s'il s'agissait de paiements faits à la femme ? On peut en douter, étant donné la suspicion particulière attachée aux actes de la femme du failli. D'ailleurs M. Percerou lui-même n'est pas sans critiquer cette jurisprudence et au sujet même de l'espèce jugée (eod. loco et au traité élémentaire, n° 1816) : « L'intervention du Tribunal ne sauvegarde point les intérêts de la masse, dit-il ; les juges ont dû déférer à la demande du saisissant, alors même qu'ils savaient le saisi en état de cessation de paiements ».

Si la femme demande la séparation de biens sous le coup de la mise en faillite, elle doit mettre en cause con-

jointement son mari et le syndic de la faillite ; ceci en raison du dessaisissement du failli. Toutefois, s'il s'agissait d'une demande en divorce ou en séparation de corps, la demande serait formée contre le mari seulement : nous savons, en effet, que le failli n'est pas dessaisi des droits attachés strictement à sa personne. Il y a, en l'espèce, une appréciation morale qui doit lui être laissée toute entière. L'élément pécuniaire n'est que secondaire. Toutefois, croyons-nous, il faut, sur ce point encore, réserver les pouvoirs du syndic, si la demande en divorce ou en séparation de corps couvrirait une fraude à l'égard de la masse. — Si la faillite survenait pendant l'instance en séparation, il serait prudent de faire intervenir le syndic (Rép. Dalloz, contrat mar., n° 1725).

En ce qui concerne les frais du jugement de séparation de biens, la Cour Suprême a décidé (Civ., 11 décembre 1895, D. 97, 1, 17) que le syndic et le mari devaient être condamnés aux dépens, chacun en ce qui le concerne.

On pourrait croire que l'intégralité des dépens retombe à la charge du mari. Mais ce serait mal comprendre le rôle du syndic dans l'instance où il agit tant en raison du dessaisissement du failli que pour défendre la masse contre les prétentions de la femme. Or, la jurisprudence admet que la masse devienne elle-même débitrice des dépens exposés. (Cass., 10 août 1880, D. 80, 1, 444. — Cass., 17 octobre 1900, S. 1904, 1, 455). Il résulte de ces solutions que la femme sera payée intégralement des frais engagés que le tribunal aura mis à la charge de la masse, tandis qu'elle ne recevra qu'au

marc le franc les frais mis à la charge du mari. On a même soutenu que la femme ne pourrait se présenter à la faillite pour réclamer même un dividende, à raison des frais mis à la charge du mari (Cf. M. Thaller, D. 96, 2, 209, D. 97, 1, 17. — M. Percerou, op. cit., n^{os} 546-547).

Nous n'entrerons pas dans l'analyse de tous les effets de la séparation de biens. Signalons seulement que le jugement a pour effet d'opérer la dissolution de la communauté. Dès ce moment donc s'ouvre pour la femme le droit de l'accepter ou d'y renoncer. Le plus souvent elle renonce. Mais on peut parfaitement concevoir qu'elle accepte. En faisant inventaire, en effet, elle restera protégée par son bénéfice d'émolument.

Ajoutons, enfin, que l'effet du jugement remonte rétroactivement au jour de la demande (C. civ., art. 1445, al. 2) et que cette rétroactivité est opposable aux tiers, protégés par la publicité de cette demande. C'est donc dans l'état qui existera à cette date, que sera liquidée la communauté, en cas d'acceptation, que seront déterminés les droits de reprises de la femme en tout état de cause.

87. — Nous l'avons dit, la demande en séparation de biens n'est pas nécessaire pour que la femme puisse agir contre la faillite. On ne voit pas bien quels avantages d'ailleurs la femme gagnera à ne pas demander la séparation. Serait-ce de perdre le régime de communauté ? Mais on sait que les deux époux pourront ensuite le rétablir. Toujours est-il que le législateur n'a pas cru devoir imposer cette mesure à la femme.

Sans avoir demandé la séparation de biens, la femme, peut agir en revendication de ses propres, s'ils se retrouvent en nature. Cela, étonne un peu parce que la femme n'a pas, en principe, le droit de reprendre ses biens tant que le régime de communauté n'est pas dissous. Et, à la vérité, la femme ne risque pas grand chose car le syndic n'a pas le droit de toucher à ces propres. Mais de fait, il ne se fait pas, dans ce cas, une véritable reprise : la femme se borne plus exactement à démontrer son droit et à sauvegarder ainsi la reprise éventuelle de ces biens. La meilleure preuve en est que l'administration de ces propres reste au failli ainsi qu'on l'a dit.

Par contre, il semble que la femme, sans demander la séparation de biens, ne puisse pas se présenter en créancière de ses reprises en deniers et de tout ce qui lui sera dû par le mari. En effet, tant que dure la communauté, elle n'a pas le droit de demander de comptes au mari, ni par conséquent au syndic qui représente la masse des créanciers du mari.

Si le mari ne revient pas à meilleure fortune, la femme risque donc de perdre de ce fait, l'intégralité de sa créance. Et ce danger mérite d'être signalé.

88. — Enfin, avons-nous dit, la femme peut, en présence de la faillite, rester totalement inactive. C'est son droit. Si elle a des créanciers personnels, il est probable qu'ils useront de la faculté qui leur est donnée par l'article 1446 du Code Civil. Mais leur intervention ne produit pas d'autre effet que d'assurer le recouvrement de leurs créances contre la femme. La séparation de biens entre les époux ne s'ensuit pas.

Nous avons déjà montré, à l'instant, que par son inaction, la femme se privait du pouvoir de concourir avec les créanciers, pour le recouvrement de ses créances.

Quant à ses propres qui existeraient encore en nature au moment de la faillite, nous avons également déjà dit, que, même si la femme n'intervenait pas, le syndic n'avait pas le droit de les comprendre dans l'actif de la faillite. Il faudrait donc décider, si le syndic venait à les aliéner, que cette vente serait nulle. Mais cette hypothèse est peu pratique.

On peut pourtant envisager une espèce où la femme aurait eu avantage à rester inactive. Supposons que son hypothèque légale soit insuffisante pour la garantir de ses reprises. Elle viendra donc au marc le franc pour tout ce qui ne sera pas couvert par l'hypothèque. Hé bien, admettons que la femme ne prenne pas part aux opérations de la faillite ; ses reprises ne lui sont pas payées ni en totalité ni en partie et d'ailleurs le régime de communauté subsiste. Que le mari revienne à meilleure fortune avant la dissolution de la communauté, et la femme sera payée non pas d'un dividende, mais de l'intégralité de ses reprises. — C'est bien aléatoire, dirait-on. En matière de faillite, répondrons-nous, il ne faut s'étonner de rien. Malgré les précautions de la loi, on sait bien que les fraudes sont innombrables. La combinaison que nous indiquons n'est pas la plus difficile de toutes celles qui ont été signalées...

89. — Nous avons laissé le syndic, substitué au failli dans la gestion de ces biens, opérant le dénombrement

de l'actif et du passif. Il sortirait du cadre de notre étude de suivre la situation et le sort des créanciers : nous ne nous occupons, en effet, dans ce travail, que du mari, de la femme et de la communauté. Ayant montré le mari dessaisi, la communauté mise en gage par les créanciers et la femme exerçant ses droits, nous avons terminé l'exposé de la faillite sous le régime de communauté, ou tout au moins de la faillite du mari exerçant l'exploitation d'un Fonds de commerce commun.

Les règles du concordat et de l'union ne nous intéressent en effet pas, si la communauté se trouve dissoute par un jugement de séparation de biens, ce qui est la solution la plus fréquente. Dès lors, en effet, le mari est un débiteur ordinaire et sa situation ne nous intéresse plus, puisque nous ne suivons ici le mari qu'en tant que commun en biens.

Si la communauté subsiste encore, ou si elle est reformée, elle subit tout naturellement les conséquences des engagements pris par le mari dans son concordat. Les propres de la femme continuent à n'être pas touchés par cette nouvelle obligation.

Si enfin, la faillite est close, nous en revenons aux règles de la communauté exploitant un Fonds de commerce prospère.

§ III. — *Mari exploitant un commerce propre à la femme*

90. — Pour terminer, enfin, l'étude de la faillite du mari commun en biens, il nous reste à dire quelques

mots de sa mise en faillite lorsqu'il exploite un Fonds de commerce propre à sa femme.

Cette faillite est soumise aux mêmes règles que celles que nous avons exposées pour le Fonds de commerce commun ou propre au mari et exploité par lui.

Le mari expose à la faillite la communauté et ses propres, mais non les propres de la femme. Cependant, il faut croire que le Fonds de commerce propre à la femme est compris dans l'actif de la faillite. Les syndics de l'union auront-ils le pouvoir de le vendre, conformément à l'art. 535 ? Nous le croyons, et pourtant le mari n'avait pas le droit d'aliéner le propre de la femme... Mais cette mesure semble commandée par les nécessités du commerce. D'ailleurs, la femme, en laissant le mari assurer cette gestion, et surtout en ne demandant pas la séparation de biens, n'a-t-elle pas concouru, en fait, aux actes du mari qui aboutissent à cette aliénation ?

Cependant, observons-le, profits ou pertes résultant de la gestion du Fonds de commerce propre à la femme bénéficient ou préjudicient seulement à la communauté. La femme doit donc avoir droit à indemnité, non seulement pour les dettes qu'elle paierait en l'acquit de la communauté, mais aussi pour la valeur du Fonds de commerce aliéné dans les opérations de faillite ? La récompense qui serait due à ce dernier titre, sera-t-elle opposable à la faillite ?

SECTION II

FAILLITE DE LA FEMME

91. — La faillite de la femme commerçante présente, dans cette étude, un moindre intérêt que celle du mari. Ceci tient à ce que les deux époux n'ont pas, à beaucoup près, des pouvoirs aussi étendus. Le mari, seigneur et maître de la communauté, engage *commercialement* les biens communs en même temps que ses propres. Sa faillite affecte donc ces deux masses des biens. La femme, au contraire, même munie de l'autorisation du mari de faire le commerce, n'engage *commercialement* que ses propres et le Fonds de commerce dont elle assure la gestion. Si les biens du mari et de la communauté subissent les conséquences de cette gestion et sont offerts aux créanciers de la femme, ils ne sont pas compris dans la faillite de la commerçante et sont seulement sujets aux voies de poursuite du Droit Civil. Enfin, le droit des créanciers de la femme commerçante est moins étendu encore sur ses propres mêmes, lorsque la femme a été autorisée à faire le commerce, non par son mari, mais en justice. Dans ce cas, le droit de jouissance de la communauté sur les propres de la femme doit être sauvegardé et la faillite ne pourra affecter que la nue-propriété de ces propres. Ni la communauté ni les propres ne seront, en outre, soumis au pouvoir des créanciers de la femme, même civilement ; à l'exception toutefois des biens réservés de la femme, dont la femme a l'adminis-

tration et la jouissance et qui seront même compris dans l'actif de la faillite.

92. — Le jugement de faillite opérera le dessaisissement de la femme. Elle perdra l'administration de ses propres, si le contrat de mariage avait stipulé qu'elle en garderait l'administration. Le mari lui-même perdra cette administration dans la situation normale et s'il avait autorisé la femme à faire le commerce. Le dessaisissement de la femme affectera même des biens communs : ceux qui sont compris dans la faillite, Fonds de commerce commun géré par la femme et biens réservés.

Comme nous l'avons expliqué, les propres du mari et les biens communs (sauf les biens réservés et le Fonds de commerce exploité par la femme) ne doivent pas être compris dans l'actif de la faillite. La femme n'en a pas l'administration. Il n'y a pas, par rapport à la femme, cette confusion de biens appartenant à des patrimoines différents, à des masses distinctes en droit et confondues en fait, comme on en voit résulter des droits du mari. Par suite, la logique paraît commander que le mari n'a pas à exercer de reprise de ses propres ou de la communauté. L'opération, si elle avait lieu, ne serait d'ailleurs pas une reprise, puisque la communauté continue, le mari n'ayant pas le pouvoir de demander la séparation de biens. Mais nous voulons dire que le mari ne doit pas avoir à prouver son droit de propriétaire de ses biens personnels ou la qualité des biens de communauté à l'égard des créanciers de sa femme en faillite. Il

paraît conforme aux principes du régime de communauté de décider que, bien au contraire, c'est aux créanciers de la femme à fournir la preuve des droits de propriété de leur débitrice sur ses biens personnels. On sait, en effet, que, sous le régime de la communauté légale, les biens sont présumés communs et qu'ils sont réputés acquêts sous le régime de communauté réduite aux acquêts. Le mari jouera donc un rôle purement passif et sera défendeur. Le syndic, au contraire, pour établir la masse active de la faillite, devra prouver les droits de propriété de la femme sur ses biens personnels si le mari les conteste. Si ceci est admis, quelle preuve devra fournir le syndic ? Il semble que celui-ci ait à sa disposition toutes les preuves que la loi permet à la femme elle-même lorsqu'elle veut exercer une reprise à l'égard de son mari. Par le fait du dessaisissement, en effet, le syndic est investi de tous les pouvoirs qui auraient appartenu à la femme même. Nous nous bornons donc ici, à renvoyer à l'étude que nous faisons de ce régime de preuves en exposant la question des reprises de la femme (II^e partie, chapitre III).

Si le syndic veut prouver le droit de la femme non sur ses propres, mais sur ses biens réservés, il a, de la même façon, la possibilité de se servir de toutes les preuves que la loi de 1907 permet à la femme contre son mari, c'est-à-dire tous les modes de preuve sauf la preuve par commune renommée.

Cette question paraît donc simple, au moins en principe. Voici cependant l'une de difficultés qui peut se présenter : le mari est lui-même en faillite. Sans doute cette

faillite n'englobe pas les propres de la femme. Mais, dès lors, la reprise de ces propres ne doit plus être exercée contre le mari, mais contre les créanciers du mari.

92 bis. — Nous voyons le patrimoine du mari et la communauté à couvert, ou, plus exactement, non compris dans la faillite de la femme. Que faudrait-il décider pourtant, si le mari avait prêté des capitaux à sa femme pour son exploitation commerciale ? Il semble nécessaire de distinguer et d'étudier séparément toutes les hypothèses possibles.

Si le Fonds de commerce géré par la femme appartient à la communauté et si les fonds prêtés proviennent également de la communauté, nous ne croyons pas que le mari puisse exercer aucun droit. En effet, la faillite de la femme englobe, d'après l'opinion générale, le Fonds de commerce lui-même et les biens de communauté utilisés par le commerce de la femme (Thaller et Percerou, *Traité Elém.*, n° 172).

Au contraire le mari paraît avoir le droit de se présenter comme créancier dans toutes les hypothèses suivantes :

Le Fonds de commerce était commun, mais le mari a prêté des Fonds qui lui étaient propres.

Le Fonds de commerce était propre à la femme et le mari a prêté des deniers propres à lui ou même des deniers de communauté.

Dans tous ces cas, en effet, la femme doit récompenser soit à la communauté, soit au mari. Il est donc à un titre ou à un autre, créancier de la faillite.

Mais il faut alors qu'il prouve son droit. La loi de la

faillite n'a pas prévu cette situation. Il semble donc qu'il faille appliquer le régime des preuves auquel on soumet le mari lorsqu'il veut exercer une reprise et qu'il doit fonder son droit à l'égard des créanciers (II^e partie, chapitre III).

93. — Le Code de Commerce n'ayant pas régi la faillite de la femme mariée commerçante, on s'est trouvé assez en peine et des difficultés se présentent constamment de nos jours lorsque ces faillites se produisent. En principe, on applique à la femme les décisions que la loi a formulées pour le mari. Mais lorsque la femme est mariée et, qui plus est, commune en biens, ces décisions sont souvent inadmissibles parce qu'elles apporteraient de trop graves dérogations aux principes de la puissance maritale et de la communauté. Ce n'est pas que la loi ne puisse, dans des circonstances aussi importantes que la faillite, établir ces dérogations. Mais alors on veut que le législateur ait formellement exprimé sa volonté. D'après la méthode d'interprétation moderne des textes, une exception à un principe est toujours de droit strict et ne peut être étendue aux cas même analogues que la loi n'a pas prévus. Ces raisons font que nous pensons qu'il n'y a pas lieu d'appliquer au mari, en cas de faillite de sa femme, les présomptions établies contre cette dernière dans les articles 559 et 562 du Code de Commerce et qui ne régissent que les cas de faillite du mari.

L'article 559 présume que toutes les acquisitions faites par la femme du failli ont été faites avec les deniers et pour le compte de celui-ci.

L'article 562 présume que la femme a payé les dettes du mari avec les deniers de celui-ci.

Il ne semble pas que l'on puisse retourner ses articles au cas de faillite de la femme et les appliquer au mari de la commerçante faillie.

Les dispositions de la loi se comprennent fort bien en cas de faillite du mari : la femme n'a, en général, pas de pouvoirs d'administration.

Par conséquent, on suspectera toutes les sorties d'argent qu'elle prétendra avoir faites avec des deniers personnels et on exigera d'elle la preuve du droit qu'elle invoque. Mais la situation du mari est toute différente. Pendant que la femme exploite son commerce, le mari assure l'administration de ses propres, de la communauté et même des propres de sa femme. Tous ces actes ne peuvent être atteints par la faillite de la commerçante.

Les acquisitions faites par le mari resteront donc en ses mains et ne tomberont pas dans l'actif de la faillite. S'il a payé des dettes de sa femme, même pendant la période suspecte, ces paiements seront cependant inattaquables. Pourrait-il cependant se présenter comme créancier de tout ce qu'il aurait payé, c'est peu probable. En effet, son paiement aura pour effet de le subroger aux droits du créancier qu'il aurait désintéressé, or, ces droits se trouvent réduits par la faillite et le mari pourrait, croyons-nous, exiger un sort meilleur que celui qui aurait été fait au créancier lui-même.

94. — Il n'en est pas moins vrai que l'absence de décisions légales sur la question fasse persister bien des doutes et soulever beaucoup de difficultés. On peut même dire que, jusqu'à un certain point, le mari, à l'égard de la faillite de la femme, peut être suspecté tout autant que la femme l'a été par le législateur, lorsque celui-ci s'est occupé de la faillite du mari. Non seulement des fraudes seront possibles à cause de la lacune que nous indiquons, mais encore le législateur en a permis de plus faciles en ne régissant pas le sort des avantages matrimoniaux et des donations faites par la femme au mari. Il semble, comme nous l'avons déjà dit, peu juridique d'appliquer à la femme des décisions exceptionnelles formulées seulement pour le mari. Et pourtant on aurait pu prévoir les mêmes dangers de la part de l'un comme de l'autre époux. On a dit, il est vrai, que les créanciers de la faillite de la femme n'avaient pas intérêt à comprendre dans la masse de la faillite les biens donnés au mari, parce qu'ils avaient le pouvoir de poursuivre ces biens civilement. Sans doute ils ont cette faculté, mais elle est bien moins avantageuse. Il faut entamer des poursuites, recourir à une autre juridiction. Les créanciers ne sont même pas efficacement protégés.

En effet, le mari n'étant pas atteint par le dessaisissement, n'étant pas obligé de rapporter les biens donnés, aura bien des moyens d'échapper à la poursuite des créanciers de sa femme : il aura, par exemple, aliéné, fictivement ou non, gratuitement ou non, les biens donnés et se présentera comme insolvable. On voit dans quelle série de difficultés risquent de tomber les créan-

ciers. Sans doute la loi leur donne des moyens. Ils auront, par exemple, l'action Paulienne, mais le législateur avait cru bon de protéger plus efficacement les créanciers du mari failli. Les motifs de la loi, logiques et inspirés par la plus sage prudence, qui ont présidé à la réglementation de la faillite du mari, commandent une série de dispositions analogues relativement à la faillite de la femme.

95. — On a depuis longtemps signalé le déséquilibre de la loi. On a signalé les dangers qui résultent de cette lacune. Celle-ci devient de plus en plus regrettable avec l'accroissement du nombre des femmes mariées commerçantes.

A la vérité, on est assez embarrassé en législation pour apporter la réforme nécessaire. A tout instant, nous l'avons quelquefois montré, on se heurte aux règles que le Code a établies pour le régime de communauté. On est constamment arrêté, dans toutes ces entreprises, par la nécessité de se plier aux décisions d'un législateur qui a fait et voulu faire à la femme mariée une situation inférieure. De nos jours, où les mœurs et les besoins de la vie sociale ont changé, on vient de plus en plus à considérer la femme comme la collaboratrice, l'égale du mari. De nombreuses lois nouvelles et décisions de justice ont affirmé cette volonté d'émancipation de la femme mariée. Mais les difficultés ont toujours pris naissance de ce fait que l'on a voulu se contenter de superposer les constructions juridiques modernes à l'élaboration du Code Napoléon. Le juste accord et l'harmoni-

nie ne sont pas possibles entre des conceptions aussi différentes.

Toutes les réformes partielles qui ont été faites dans le sens de l'émancipation de la femme mariée sont des pierres d'attente et des ébauches dans un édifice qui ne remplit plus parfaitement les fonctions pour lesquelles il a été construit. A l'heure actuelle, il faut tout rebâtir et les législations étrangères, parties pour la plupart, de notre Code Napoléon, ont maintenant presque toutes établi un régime vraiment moderne.

Est-ce à dire qu'il faudrait tout détruire de nos institutions ? Certes non ! Il nous faut non pas une révolution mais une adaptation. Sans doute, le régime de communauté présente bien des inconvénients. Sans doute on a trouvé, à l'étranger et en France même, beaucoup d'avantages aux régimes de séparation de biens. Mais nous croyons, malgré tout, que le régime de communauté doit être conservé avec seulement quelques transformations. On connaît ses avantages. Nul n'est mieux approprié à l'idée que nous nous faisons en France du mariage et de la famille.

Cette idée de formation d'un patrimoine familial par la collaboration des deux époux est extrêmement féconde. Elle assure le développement et la stabilité du foyer.

Longtemps, le travail du mari seul a suffi à assurer l'existence et la prospérité de la famille toute entière. On l'a dit souvent : « Le rôle d'une femme n'est pas de s'occuper d'affaires ; c'est au mari à diriger les intérêts pécuniaires de l'association conjugale, la place de la femme est à son foyer, auprès de ses enfants... Ce sont de

maladroits amis de la femme ceux qui oublient que sa force lui vient, non pas de prérogatives juridiques, mais du fait qu'elle est l'épouse et la mère » (H. Basset, *Le rôle de la femme mariée dans la gestion des intérêts pécuniaires de l'association conjugale*, Thèse Paris, 1896).

Malheureusement, la dureté de la vie moderne ne permet plus toujours, à la femme, de se borner à ce rôle qu'on a cru longtemps lui être seul imparti. De plus en plus, la femme devient la collaboratrice du mari. Il faut lui donner tous les moyens de remplir complètement les nouveaux devoirs qui lui incombent. Il faut par contre assurer la protection de tous ceux à qui ses actes pourraient injustement porter un préjudice.

DEUXIÈME PARTIE

Le Fonds de Commerce à la Dissolution de la Communauté

96. — Nous en sommes, maintenant, arrivés à la dissolution de la communauté.

Nous avons surtout en vue la dissolution en cas de décès de l'un des deux époux ; mais des solutions analogues doivent être données, en général, lorsque la dissolution de la communauté s'opère à la suite d'une demande en séparation de biens, d'une séparation de corps ou du divorce.

Une liquidation va suivre cette dissolution.

Chaque époux, ou ses ayants-droit, reprendra les biens dont il a la propriété, exercera ses droits de créancier à l'égard de l'autre conjoint ou de la communauté ; la communauté elle-même sera partagée entre les deux époux, à moins que la femme y renonce.

Avant que cette liquidation soit opérée, s'écoule une période, parfois assez longue, où les biens des époux restent confondus. Il faut prévoir, pendant cette période, les pouvoirs laissés à l'époux qui continuera la gestion du fonds de commerce. Il faut prévoir aussi les moyens de protection qui seront donnés à l'autre époux ou à ses ayants droit. Enfin, les époux ont pu déroger soit par contrat de mariage, soit par donation, soit par testament, aux règles définies par le Code Civil. Nous aurons à dire quelques mots à ce sujet, et notamment au sujet de la clause du contrat de mariage donnant option au survivant des époux pour la conservation du Fonds de commerce moyennant indemnité.

Ces différentes questions vont être exposées dans les chapitres suivants :

CHAPITRE PREMIER. — *Mesures conservatoires-Scellés et inventaire.*

CHAPITRE SECOND. — *Gestion du Fonds de commerce pendant l'indivision.*

CHAPITRE TROISIÈME. — *Reprises.*

CHAPITRE QUATRIÈME. — *Récompenses.*

CHAPITRE CINQUIÈME. — *Partage.*

CHAPITRE SIXIÈME. — *Attribution du Fonds de commerce à l'un des époux par contrat de mariage, testament ou donation.*

CHAPITRE I

Mesures conservatoires. - Scellés et Inventaire

LA COMMUNAUTÉ SE TROUVE DISSOUTE

Chaque époux, ou ses représentants, va reprendre ses propres ; la communauté va être liquidée. Mais, avant que ces opérations soient possibles, il va s'écouler une période parfois assez longue, pendant laquelle, pour une raison ou pour une autre, ces droits ne pourront être exercés.

La loi a prévu, pour la communauté, les mêmes mesures conservatoires que celles qui sont exposées au titre des Successions.

SECTION I.

LES SCELLÉS

97. — Il n'apparaît pas que notre sujet nous oblige à une étude complète en ce qui concerne les scellés.

Nous appliquons en effet ici les règles ordinaires indiquées par le Code Civil et le Code de Procédure.

98. — Tout d'abord, reconnaissons que les scellés peuvent être apposés sur les « magasins, comptoirs, caisses, portefeuilles, livres, papiers, meubles et effets ». Cette énumération nous est donnée par l'article 458, au sujet du failli. Tous les éléments corporels du Fonds de commerce peuvent donc, en somme, être mis sous scellés. Il peut être, en effet, d'un grand intérêt d'empêcher la disparition de choses qui pourraient facilement être détournées : deniers et valeurs, marchandises. De même, il sera souvent prudent d'empêcher, par l'apposition de scellés, la disparition des livres de commerce, ou les fraudes qui seraient accomplies dans ces livres, postérieurement à la dissolution de la communauté.

99. — Il faut noter, par contre, que toute apposition de scellés constitue une gêne. Pour un temps, la marche du Fonds de commerce va se trouver entravée, et peut-être même complètement arrêtée. Aussi, la doctrine estime-t-elle que les scellés ne doivent être posés que sur les objets dont on peut craindre la soustraction et qui ne sont pas indispensables à l'usage des personnes qui habitaient avec le défunt. Les autres objets sont désignés dans une description sommaire, à l'aide de laquelle on pourra les reconnaître (Garsonnet et César Bru 1921, t. 7, § 22).

De même, on évitera de mettre sous scellés des animaux, des denrées, et généralement toutes matières périssables. S'il en était autrement, la mesure conserva-

toire que doit être l'apposition de scellés serait un remède pire que le mal prévu. Il semble que, dans ce cas également, une description sommaire de ces biens doive suffire. Dans l'une et l'autre espèce d'ailleurs, il faut remarquer que cette description sommaire ne peut tenir lieu d'inventaire (Bioche, voir Scellés, n° 3).

100. — Il est tentant, pour éviter la gêne qui résulterait de l'apposition éventuelle de scellés sur les biens dépendant du fonds de commerce, de stipuler à l'avance que cette apposition de scellés ne pourra avoir lieu.

Aussi cette clause est-elle fréquente, et notamment dans les dispositions à cause de mort. Il semble que cette stipulation n'est opposable qu'aux héritiers non réservataires. Le testateur ayant le droit de les dépouiller complètement *a fortiori*, celui de les priver d'une simple mesure de protection. Mais toutes les autres personnes, qui ont, de par la loi, la faculté de faire apposer les scellés, ont un droit absolu, et que le *de cujus* n'a pu leur retirer (Garsonnet et César Bru, 1921, t. 7 ; n° 26 pour les réservataires, voir Nancy, 24 janvier 1846, D. 46, 2, 116).

101. — Cette même interdiction d'apposer les scellés se trouve plus fréquemment employée lorsque le *de cujus* avait des droits dans une Société. (Voir : Guillouard, Société n° 342 ; Troplong, Société II, n° 1057).

C'est ainsi que, dans les actes de formation de Société, on dispose qu'à la mort de l'un des associés, la Société continuera son exercice, sans que les héritiers ou

ayants-droits du prédécédé puissent en entraver la marche, en apposant des scellés sur les biens sociaux ou en faisant dresser un inventaire. Une disposition analogue se lit également dans les contrats de mariage qui contiennent une clause d'attribution du Fonds de commerce à l'époux survivant. C'est dans le cas où la part de l'époux survivant dans une Société commerciale fait **partie de l'actif de communauté** ; dans ce cas, on stipule, au contrat de mariage, que l'époux survivant conserve, pour lui seul, cette part sociale en tenant compte de sa valeur vis-à-vis des ayants-droit du prémourant, mais sans que ceux-ci puissent apposer de scellés sur les biens de la Société, ni faire aucun inventaire de l'actif social.

Il semble que, sur ce point, on puisse invoquer, en **faveur** de la validité d'une pareille clause, un autre **argument**.

En effet, l'on reconnaît aux Sociétés une personnalité indépendante de la personnalité des membres qui la composent. Or, en principe, les scellés ne peuvent être apposés sur le domicile ou sur les biens d'un tiers, si ce n'est dans des cas exceptionnels (Garsonnet et César Bru, 1921, t. 7, n° 23). Mais la Société, avec son individualité distincte de celle des personnes qui la composent, doit être, ici, considérée, vis-à-vis de ces mêmes personnes, justement comme un tiers. Donc elle peut échapper à l'obligation des scellés. Et voici comment nous croyons justifier, en droit, une pratique commandée par ailleurs par l'intérêt de la Société et de ses membres et par les nécessités du commerce.

Il apparaît, en outre, que cette clause est opposable aux ayants-droits du de cujus, parce qu'ils ne peuvent avoir plus de droits que leur auteur sur les biens sociaux.

Comme le fait remarquer Guillouard (Société n° 271), l'associé est bien co-propriétaire de l'actif social ; mais l'exercice de son droit de co-propriété est limité, pendant la durée de la Société, par le but de la Société, et les stipulations de l'acte qui la constitue. Cette interdiction d'apposer les scellés, ou de faire un inventaire particulier, est justement une des limites du droit de l'associé.

Le droit de ses ayants-droit, héritiers, légataires ou créanciers, ne peut outrepasser.

D'ailleurs, la solution que nous indiquons n'est pas aussi nettement rigoureuse. La jurisprudence, assez hésitante en cette matière, s'est prononcée en des sens différents, peut être pour des raisons tenant à chaque espèce.

Si l'on trouve des décisions pour protéger les tiers contre l'apposition des scellés (Amiens, 6 décembre 1811, *Journ. Avocats*, t. 21 ; Trib. Domfront, 25 septembre 1903, le Droit du 25 octobre 1903), on en rencontre peut-être plus encore pour autoriser cette apposition sur les biens des tiers (Douai, 30 décembre 1857, S. 1858, 2, 505 ; Paris, 15 mars 1872, D. 1873, 5, 43 ; Cass. belge, 24 mars 1881, S. 81, 4, 27).

Sans entrer dans l'analyse de chacune de ces espèces, on voit que cette autorisation est donnée toutes les fois que de fortes présomptions existent que ce tiers est en

possession de biens appartenant au de cujus ; et l'autorisation est plus facilement donnée encore si l'on peut croire à une fraude ou à une faute du détenteur. C'est là justement la solution que nous trouvons appliquée à la matière des Sociétés. En dépit de la clause d'un acte de Société qui interdisait, en cas de décès de l'un de ses membres, l'apposition de scellés, l'autorisation de les apposer a été donnée à une personne intéressée alléguant la faute ou la négligence des administrateurs (Paris, 23 janvier 1866 D., 1866, 2, 28).

Mais les mesures prescrites par le juge doivent permettre, autant qu'il se peut, la continuation des opérations sociales, et réduire à l'indispensable l'entrave qui résultera, pour la Société, de ces formalités (Cass. 23 juillet 1872, s, 72, 1, 324. — Guillouard, Société n° 342, Laurent, XXVI, n° 412).

102. — L'article 909 du Code de Procédure indique que « l'apposition des scellés pourra être requise : 1° par tous ceux qui prétendront droit dans la succession ou dans la communauté.

2° Par tous créanciers, fondés en titre exécutoire, ou autorisés par une permission, soit du Tribunal de première instance, soit du juge de paix du canton où le scellé doit être apposé.

3° Et, en cas d'absence, soit du conjoint, soit des héritiers ou de l'un d'eux, par les personnes qui demeureraient avec le défunt, et par ses serviteurs et domestiques ».

On exige que les personnes qui se présentent comme

« intéressées » pour demander l'apposition de scellés justifient d'un droit au moins apparent et d'un intérêt.

Nous laisserons de côté ce qui concerne les personnes désignées aux alinéas 1^o et 3^o de l'article 909 pour n'envisager que la situation des créanciers, qui est celle qui intéresse le plus particulièrement le sujet de notre étude.

103. — A quels créanciers ce droit est-il donné ?

Il ne fait pas de doute que cette faculté de faire apposer les scellés appartienne, en premier lieu, aux créanciers du de cujus ou de la communauté dont a fait partie le de cujus. Ceux-ci, ont, en effet, pour gage (C. Civ., art. 2093) les biens de leur débiteur et ceux sur lesquels celui-ci a lui-même des droits. Ils ont d'autant plus intérêt à prendre des mesures conservatoires pour ces biens qu'ils ne pourront se payer sur autre chose, si l'héritier, en acceptant bénéficiairement, ou en renonçant, dérobe ses propres biens à leur action. La même mesure, suivie de l'inventaire, se trouvera également nécessaire pour éviter la confusion des biens héréditaires avec ceux de l'héritier, si les créanciers entendent demander la séparation des patrimoines.

104. — En revanche, on s'est demandé si les créanciers personnels de l'héritier peuvent requérir l'apposition des scellés sur les biens du de cujus. Une partie de la doctrine et de nombreuses décisions judiciaires lui refusent ce droit.

Le créancier personnel de l'héritier n'a aucun droit sur

la masse de la succession, ni sur les portions héréditaires que le partage attribuera aux autres co-héritiers. Son droit se limite aux biens qui seront affectés à son débiteur. Il ne peut donc porter atteinte aux droits des co-héritiers non débiteurs. (Nancy, 9 janvier 1817, *Journ. des Avocats*, t. 21, — Caen, 12 mai 1845, S. 45, 2, 567, Caen, 29 août 1876, 314, 76, 2 S. — Rodière, t. 2, p. 449. — Bioche voir Scellés, n° 45, et, sous l'ancien droit, Bourjon : Droit commun de la France, t. 2, n° 698, — Terrière, Dictionnaire de droit, Scellés, p. 873).

Le droit de ce créancier sera seulement de former opposition à la levée des scellés ; ce qui lui permettra d'assister à l'inventaire et au partage (Nancy, 7 janvier 1817, précité. — Trib. Troyes, 11 novembre 1893, *Gaz. Palais*, 1894, 1, supplément 14).

Il nous semble que le droit de faire apposer les scellés doive cependant être reconnu même au créancier personnel de l'héritier. En premier lieu, l'article 909 l'accorde à « tous créanciers ». Ensuite, ce créancier a pour gage même les biens sur lesquels son débiteur n'a que des droits indivis, dans les biens héréditaires encore non partagés de l'auteur de son débiteur. Enfin, l'apposition de scellés est un acte conservatoire plutôt qu'une voie d'exécution proprement dite : elle n'opère aucun prélèvement sur les biens, et se borne à rendre possible leur dénombrement et leur identification (Garsonnet et Cézard Bru 1921, t. 7, n° 29, et note 5. — Agen, 23 octobre 1893, S. 94, 2, 293).

Le droit de requérir l'apposition des scellés n'est pas accordé aux créanciers sans condition ; on a voulu pro-

téger la famille contre les interventions de toutes personnes qui ne seraient pas fondées à exercer ce droit. Les scellés sont une gêne ; l'exercice du droit de les apposer devait être soumis à un contrôle.

L'article 909-2° du Code de Procédure posait que les créanciers doivent être « fondés en titre exécutoire, ou autorisés par une permission, soit du Président du Tribunal de première instance, soit du juge de paix du canton où le scellé doit être apposé ».

Pour accorder cette autorisation, le magistrat se base, le plus souvent, sur un titre écrit et sa « permission » remplace la formule exécutoire grâce à laquelle le créancier aurait pu agir sans demande en justice.

Mais le juge a les pouvoirs les plus larges pour accorder cette autorisation, même en l'absence d'écrit, et, notamment, en cas de quasi-contrat, de délit ou de quasi-délit (Cass., 23 juillet 1872 ; S., 72, 1, 324, D. 1873, 1, 355).

Tous les créanciers, en somme, se trouvent donc protégés, avec ou sans l'intervention de la justice, pourvu qu'ils puissent justifier de leur droit et de leur intérêt.

105. — Nous en sommes arrivés au moment où les scellés sont apposés. Le législateur a décidé (C. Proc. Civ. art. 928) que la levée ne pourra être opérée que trois jours après l'inhumation, s'ils ont été apposés auparavant, et trois jours après l'apposition, s'ils ont été apposés depuis. La sanction est la nullité du procès-verbal de scellés et de l'inventaire et la condamnation à des dommages-intérêts.

On conçoit l'utilité de ce délai de trois jours, qui donne le temps aux intéressés d'intervenir, soit pour assister à la levée des scellés, soit pour y former opposition.

Par contre, pendant le cours de ce délai, les opérations commerciales vont se trouver arrêtées. Les ayants-droit du propriétaire du Fonds de commerce, ou même des tiers, vont être exposés à des préjudices graves, qui auraient été évités si la mise sous scellés des biens n'en avait rendu l'utilisation ou la disposition impossible. La loi ne l'a pas voulu. Les intéressés pourront s'adresser au Président du Tribunal Civil, qui statuera par ordonnance de référé, en relatant dans son ordonnance la cause urgente « pour laquelle les scellés seront levés avant l'expiration du délai légal ». Les « causes urgentes » sont fréquentes dans le commerce. Par exemple, il faut payer un effet de commerce échu, présenter un effet à son échéance, remplir les formalités nécessaires pour conserver le recours contre les différents endosseurs, retirer et vendre immédiatement un objet rapidement périssable.

D'autre part, il ne faut pas que l'abréviation du délai puisse nuire aux droits des intéressés. Les parties qui ont le droit d'assister à la levée des scellés et qui ne se présenteront pas seront représentées par un notaire désigné d'office par le Président. On ne s'occupe, d'ailleurs, que des parties qui se sont déjà fait connaître ; le notaire ne représente que celles-là, et non celles qui se présenteront ultérieurement.

Cette levée des scellés peut être définitive ou provisoire. Souvent on se contente de retirer des biens mis sous

scellés, les livres de commerce, ou les effets à échéance immédiate. Si la levée est définitive elle a lieu soit purement et simplement, soit à charge de description et d'inventaire.

106. — Disons enfin un mot des oppositions à la levée des scellés. Ce droit d'opposition est donné à toute personne qui prétend y être intéressée ; le Code Civil (art. 821) l'accorde : « à tous créanciers », encore qu'ils n'aient ni titre exécutoire, ni permission du juge.

Quand des oppositions sont formées, le juge de paix surseoit à la levée des scellés jusqu'à ce qu'un jugement du Tribunal ou une ordonnance de référé ait statué sur la validité de l'opposition.

Les opposants, sur sommation, assistent tous à la première vacation de la levée des scellés. Mais, comme leur présence pourrait être une gêne dans les opérations suivantes, ils doivent s'y faire représenter par un mandataire commun, désigné par eux, ou, à défaut d'accord, par le juge de paix.

Ce mode de représentation évite des frais inutiles, le mandataire désigné recevant seul des honoraires. Toutefois, cette mesure n'est prescrite qu'autant que tous les opposants auront un intérêt commun. Celui qui invoquerait un intérêt contraire ne serait pas obligé à cette mesure de représentation. Ainsi cite-t-on le cas d'un opposant dont la créance est contestée par les autres, ou qui veut contester lui-même les créances d'autres opposants.

SECTION II

L'INVENTAIRE

107. — Nous n'avons pas à rappeler quelles personnes doivent faire dresser un inventaire et ce dans quels cas et sous quelles sanctions.

Droit des créanciers

Notons cependant, le pouvoir des créanciers de requérir ou d'assister à l'inventaire, ce qui est justifié soit par leur intérêt à ce que les biens qui leur servent de gage, soient décrits et estimés, soit pour éviter la confusion de ces biens avec ceux de l'héritier, au cas où ils voudraient demander la séparation des patrimoines.

Cette faculté de requérir l'inventaire résulte de l'article 941 du Code de Procédure, qui déclare que l'inventaire peut être requis « par ceux qui ont droit de requérir la levée des scellés ». Or, les personnes qui jouissent de ce dernier droit sont celles qui ont le droit de requérir l'apposition (sauf les personnes désignées au Code de Procédure, art. 909-3^o), et celles qui ont intérêt à obtenir la remise des objets mis sous scellés. Cette désignation comprend, notamment, les créanciers. S'ils ont le droit de requérir eux-mêmes l'inventaire au cas où les ayants-droit du défunt n'y feraient pas procéder, à plus forte raison, si ces ayants-droit font dresser un inventaire, les créanciers peuvent-ils y assister.

Cependant, cette double faculté de requérir et d'assister n'est pas accordée à tous les créanciers. Elle est notamment refusée aux créanciers personnels de l'héritier (Bioche, V^o inventaire, n^o 1403).

Elle l'est aussi, si les scellés ont été apposés, aux créanciers qui n'ont pas fait opposition régulière à la levée des scellés.

Quant aux créanciers qui ont valablement formé cette opposition, non seulement ils ont le pouvoir de requérir l'inventaire ou d'y assister, mais on se demande, en outre, s'ils ne doivent pas être appelés à l'inventaire qui serait établi à la requête des ayants-droit du de cujus. Bioche (V^o inventaire, n^o 136) croit que les créanciers doivent être appelés. Garsonnet et Cézard Bru (1921, t. 7, § 56, n^o 17) sont en sens contraire, les créanciers n'étant pas nommés dans l'article 942 du code de procédure qui énumère les personnes à appeler à l'inventaire dressé après décès et apposition de scellés. (En ce même sens Paris, 19 avril 1853 D. 54, 5, 449).

Le droit des créanciers assistant à l'inventaire se borne à une stricte surveillance.

Ils ont le droit de faire toutes réserves et de faire noter toutes protestations, soit au cours, soit à la fin de l'inventaire.

Ils peuvent s'opposer à ce que les papiers et valeurs soient remis à l'exécuteur testamentaire et demander

(1) D'après Defrénois (Form. Notariat, n^o 7.500), lorsque le conjoint survivant a reçu, par le contrat de mariage, la faculté de conserver le fonds de commerce, il a droit à ce titre de requérir l'inventaire et la faculté qui lui a été donnée doit nécessairement être mentionnée dans les qualités.

que ces biens soient déposés à un gardien, si leurs droits de créance sont antérieurs à celui des légataires.

Mais ils ne peuvent exiger communication des papiers inventoriés que s'ils justifient de leur intérêt de les connaître. (Req., 16 novembre 1864, D. 65, 1, 117).

Rappelons, en outre, que, s'il y a plusieurs créanciers ayant un intérêt commun, l'article 932 du Code de procédure les oblige à se faire représenter par un seul mandataire, désigné par eux, ou, à défaut d'entente, par le juge.

Formes de l'inventaire

108. — L'inventaire doit obligatoirement être dressé par un notaire. Si cet inventaire n'a pas été établi de cette façon, cette absence de forme entraîne toutes les sanctions que l'on sait : déchéance pour l'héritier du droit d'accepter bénéficiairement, pour la veuve du droit de renoncer à la communauté, perte de jouissance légale sur les biens des mineurs, etc..., etc...

Cependant, un inventaire sous-seing privé fait foi entre les parties, majeures et maîtresses de leurs droits, même si elles ne l'ont pas signé, pourvu qu'elles en aient reconnu l'exactitude, mais il ne peut être opposé aux tiers (Amiaud, n° 126).

Sur la possibilité d'éviter l'établissement d'un inventaire notarié, en s'en tenant, par exemple, au dernier inventaire commercial annuel, voir ce qui a été dit plus haut à propos des scellés et surtout au cas de droits du de cujus dans une Société.

Description et estimation

109. — Qu'est-ce qui doit être inventorié lorsque la communauté dissoute, ou la succession, comprend un fonds de commerce ?

Le matériel et les marchandises sont toujours inventoriés et prisés. Cette prisee est exceptionnellement faite par le notaire lui-même : on n'autorise cette pratique que dans les localités où il n'existe pas de commissaire-priseur, ou lorsque la prisee est peu importante. En principe, la prisee est faite par un commissaire-priseur. Cependant, cet officier ministériel, ou le notaire, peuvent s'adjoindre un expert toutes les fois que la prisee exige des connaissances spéciales, et le cas en est fréquent dans les inventaires de Fonds de commerce et d'industrie ; mais les officiers publics n'en conserveront pas moins la responsabilité de la prisee. (Bioche, V^o Inv. n^o 158).

Les experts sont choisis, en principe, par les successeurs à la personne du défunt, le conjoint survivant communs en biens, l'exécuteur testamentaire, ou, si les intéressés ne peuvent se mettre d'accord, par le Président du Tribunal. (C. Procédure, art. 935). Le choix n'appartient ni aux associés du défunt, ni à ses créanciers, à moins que l'inventaire n'aie lieu à leur requête. L'expert peut être une femme (revendeuse, marchande à la toilette, etc. Bioche, V^o inventaire, n^o 160). Les experts doivent prêter serment s'ils ne sont déjà assermentés. Si les scellés ont été apposés, ce serment doit être reçu par le juge de paix (Carré et Chauveau T. 6, question 312) estiment que

le juge de paix est seul compétent pour recevoir ce serment, même s'il n'a pas été apposé de scellés, aucun texte ne conférant à une autre personne le droit de recevoir un serment de cette sorte. Un autre opinion estime, au contraire, que, s'il n'y a pas eu apposition de scellés, ce serment peut être prêté entre les mains du notaire chargé de l'inventaire qui a déjà qualité de recevoir le serment des personnes en possession des objets de l'inventaire (Pigeau, t. 2, p. 665). La première opinion est peut-être plus légale. La seconde a surtout l'avantage de simplifier ; on cite à son appui un arrêt (Orléans, 22 août 1837, D. 38, 2, 410) mais qui traite moins de la validité de serment reçu par le notaire, que du droit pour le notaire de se baser, pour une prise, sur les avis d'une personne compétente. Defrénois (Formulaire du Not., n° 3.716) indique que l'usage est que les experts prêtent serment entre les mains du juge de paix, si les scellés ont été apposés, ou du notaire, s'il n'y a pas eu d'apposition de scellés, mais que cet usage n'est pas obligatoire.

Cette prise doit être faite à juste valeur et sans crue (C. proc., 943, 3°) ; cette prescription a pour effet d'interdire, comme on le pratiquait autrefois, d'ajouter à l'estimation une augmentation destinée à représenter la dépréciation présumée que devaient subir les objets inventoriés entre l'époque de l'inventaire et le moment de les représenter (Bioche, V° Crue).

L'inventaire n'est pas nul si l'on a omis d'y faire comprendre certains objets. Mais il y aura lieu de faire, pour ces objets, un supplément d'inventaire (Bioche, V° Inventaire n° 215). L'inventaire serait nul si cette omis-

sion était frauduleuse. Elle pourrait être prouvée même par commune renommée, sans préjudice des peines du divertissement et du recel (Garsonnet et César Bru, 1921, 7, § 58, note 13).

La nullité de la prisee ne rend pas davantage nul l'inventaire lui-même. Mais il faudra le recommencer (Bioche, V^o, inv. n^o 169 Garsonnet et César Bru, § 58, note 17).

110. — La question se pose de savoir si le notaire doit faire mention des éléments incorporels d'un Fonds de commerce et de quelle manière.

Il y a lieu de décrire et estimer ces éléments quand l'époux survivant en a la jouissance à charge de le restituer, par suite, par exemple, du droit de jouissance légale sur les biens de ses enfants mineurs (Garsonnet, p. 123, n^o 14).

L'inventaire, ayant pour but d'établir le dénombrement de tous les biens ayant dépendu d'une communauté ou d'une succession, il paraît utile d'y faire comprendre, à tout le moins, une désignation sommaire du Fonds de commerce qui doit être compté dans l'actif de cette communauté ou de cette succession. On indiquera la nature du Fonds de commerce, le lieu où il est exploité, son enseigne, ou ce qui sera nécessaire pour le reconnaître. L'énonciation la plus complète du bail est spécialement nécessaire.

Le plus souvent, cette désignation sera faite dans l'analyse des papiers, lorsqu'on énumérera les biens apportés en contrat de mariage ou reçus par succession

et les acquêts... le Fonds de commerce figurera dans la classe de biens à laquelle il appartient.

On indiquera, le cas échéant, son titre d'acquisition, les quittances des prix de vente, les sommes restées dues, les inscriptions qui le grèvent.

En principe, cette désignation sera suffisante. Par contre, il n'y a pas lieu en général de donner une évaluation pour les éléments incorporels, comme on le fait, par exemple, pour les marchandises et le matériel.

Ces derniers éléments, en effet, au contraire des éléments incorporels, sont des éléments fongibles faciles à faire disparaître ou à échanger. Une estimation est nécessaire pour mieux les désigner et donner, au besoin, une base pour établir leur valeur, au cas où ils seraient perdus ou détournés. Rien n'est à craindre, dans cet ordre d'idées, pour des éléments incorporels. La fin de l'inventaire, qui est de dresser l'état des biens d'une personne ou d'une indivision, et, par là même, de maintenir les droits de tous les intéressés, est, en général, suffisamment remplie par une désignation sommaire des éléments incorporels du Fonds de commerce, sans estimation.

Une estimation sera encore moins nécessaire si le Fonds de commerce doit être vendu ; la vente en déterminera la valeur, que l'on retiendra au moment de la liquidation. Inutile aussi d'en donner une estimation si le conjoint survivant en a la libre disposition (Garsonnet et César Bru, *op. cit.*, § 58, n° 14-6°) Bioche (*V° cit.*, n° 20) indique même que si le Fonds doit rester à l'un ou à l'autre des époux, à charge par lui de payer la plus-va-

lue qu'il a acquise pendant le cours de la communauté, ce Fonds de commerce est mentionné dans l'inventaire, mais sans estimer autrement cette plus-value.

Cette estimation des éléments incorporels peut, cependant, être utile dans des cas déterminés. Elle le sera, notamment, dit-on, si l'on prévoit qu'un délai assez long s'écoulera entre l'inventaire, qui est en principe dressé peu de temps après le décès, et l'acte de liquidation-partage. La valeur d'un Fonds de commerce se modifie assez rapidement. La manière dont il est géré peut, dans un court espace de temps, augmenter considérablement sa valeur ou la réduire. Il serait juste, dès lors, de se baser, dans la liquidation, sur la valeur de ce bien au décès et il n'est pas douteux qu'il soit plus facile de faire cette estimation au moment le plus rapproché de cette date, au cours de l'inventaire qui est établi à cette époque...

Cette estimation pourra donner une base à la fixation de dommages-intérêts, en cas de mauvaisé gestion d'un administrateur quel qu'il soit.

Cette façon de procéder sera, par exemple, à recommander, lorsque l'époux survivant conservera la jouissance du Fonds de commerce, à charge de le restituer. Ce qui pourra se produire notamment par l'effet du droit d'usufruit légal de l'article 767, du droit de jouissance légale sur les biens des enfants mineurs. MM. Garsonnet et César Bru, poussent à cette manière d'agir (op. cit., § 58, n° 14, 6°) dans le même sens Javon (traité-form des inventaires, 2° éd., n°s 425, 426).

Rolland de Villargues (Inventaire n° 193), le *Formulai-*

re du *Notariat* de Defrénois (n° 3713) ne croient pas cette estimation d'une nécessité absolue.

Il semble qu'il y aurait lieu à faire aussi cette estimation des éléments incorporels dans le cas où l'époux survivant aurait reçu, par contrat de mariage, la faculté de conserver le Fonds de commerce, en en précomptant la valeur sur ses droits dans la communauté ou la succession (Rolland de Villargues, *Inventaire* n° 193 ; *Formulaire du Notariat*, de Defrénois, n° 3714).

A la vérité, cette question de l'estimation des éléments incorporels se résoud suivant les cas ; légalement, elle n'est pas exigée. Elle n'est pas non plus toujours nécessaire ; parfois, elle sera utile. Le bon praticien saura distinguer, dans la mesure où il est possible de prévoir les événements, s'il y a lieu, ou non de faire procéder à cette estimation.

Ce qu'il faut bien comprendre, c'est la nature de l'inventaire : un inventaire n'est pas une liquidation, mais il la prépare. Il y a, par conséquent, avantage à ce qu'on y trouve tous les éléments et toutes les données qui serviront plus tard à la liquidation.

Analyse des papiers

111. — Nous avons naturellement été amenés à traiter cette question de l'estimation des éléments incorporels du Fonds de commerce immédiatement après avoir parlé de la prise du matériel et des marchandises. Dans l'acte d'inventaire, cette estimation, si elle a lieu, sera en général faite de suite après la prise, par le commissaire-

priseur et les experts qui y auront procédé (Defrénois, *Form. du Not.*, formule 755).

Quand ces prisées et estimations ont eu lieu, le notaire entreprend seul le classement et la relation des titres, valeurs et papiers de toute sorte trouvés après le décès du *de cujus*. Cette partie de l'acte porte le nom d'analyse des papiers. Quelques points y intéressent notre sujet.

Et, tout d'abord, il y a lieu de dire dans quelle masse de biens doit être classé de Fonds de commerce. Nous avons dit ailleurs dans quels cas un Fonds de commerce était un propre ou un bien commun.

Il n'y a pas à y revenir. Ce qu'il faut bien comprendre, c'est la méthode du notaire. Arrivé à ce point de son travail, il n'a plus en face de lui les personnes ou les objets, mais les documents. Il est comme un historien qui recherche, dans des archives, les textes qui lui permettront de faire revivre et de dresser l'état d'une époque disparue. Chaque « pièce » est, pour le notaire, comme l'acte d'état-civil d'un bien ou d'une situation. Aussi l'analyse des papiers est-elle, avant tout, une énumération et une description de titres de propriété, d'actes authentiques ou sous seings privés, de comptes, correspondances, etc..., etc... C'est seulement à défaut de ces pièces, ou encore pour les compléter ou les éclairer, qu'on se sert des déclarations orales des parties.

Lorsque le notaire aura réuni et analysé les documents qui détermineront dans quelle masse de biens le Fonds de commerce doit être placé, et les actes en vertu desquels ce Fonds serait attribué par le *de cujus* à une personne déterminée (conjoint survivant, légataire), il faut

encore inventorier tout ce qui est de nature à fixer l'état et la situation de la maison de commerce : livres de commerce, espèces et valeurs en portefeuille ou en Banque, etc..., etc...

Il faut surtout indiquer ici ce qui concerne les livres de commerce. On analyse, aussi bien que les livres légaux, ceux que le commerçant tenait en dehors de ceux-ci. Le notaire donne une description sommaire de chaque livre, en indique l'usage, le nombre de feuillets, le nombre de pages écrites, des feuillets manquants ou déchirés. Il doit bâtonner les blancs qui resteraient dans les pages écrites, arrêter le livre à la dernière page écrite. Si les livres sont déjà cotés et paraphés, le notaire les cote et paraphe la première page ; s'ils ne l'ont pas été, le notaire les cote et paraphe à chaque page.

L'omission des formalités qu'on vient de dire ne peut constituer le recelé prévu par les articles 792, 1460 et 1477 du Code Civil et d'autant plus que la faute en est imputable plus à la négligence du notaire qu'à la mauvaise volonté des parties (Garsonnet et César Bru, op. cit., § 58, n° 27). Par contre, les tribunaux pourraient ordonner, au besoin, pour remplir ces formalités, un supplément d'inventaire (Defrénois, *Form. du Notariat*, n° 3857 ; Cas., 30 juin 1873).

Tout ceci n'est qu'un travail matériel permettant de retrouver facilement les livres décrits et empêchant les modifications qui pourraient y être faites. Le notaire se sert ensuite de ces documents pour établir la situation commerciale de la maison de commerce.

Le notaire fait mention des sommes trouvées en caisse

et des titres et valeurs, des créances et dettes commerciales inscrites au grand livre.

Sur l'indication des parties, le notaire distingue les créances d'un recouvrement certain, les créances douteuses et les créances irrecevables. Au cas où la comptabilité serait incomplète ou irrégulière, M. Javon (op. cit. n° 579) conseille au notaire de se faire remettre par les parties une note des créances actives et passives, qu'il reproduira, ce qui couvre sa responsabilité.

Les titres de créances hypothécaires ou chirographaires et les valeurs nominatives sont décrits, cotés et paraphés par le notaire, qui serait responsable des conséquences résultant de l'omission de ces formalités.

En aucun cas, les héritiers d'un associé ne pourront faire inventorier les livres et les papiers de la Société dont le de cujus était membre. (Garsonnet et C. Bru, § 58, n° 26). Tout ce que les héritiers pourront obtenir, c'est la communication de ces registres, conformément à l'article 14 du C. Com., qui permet de prendre cette communication au cas de décès d'un associé. Nous avons eu à traiter une question identique, quand nous traitions de la possibilité d'apposer les scellés sur les biens sociaux. Un arrêt de Rennes, 24 février 1823 (Rép. de Lég., Dalloz, Inv. n° 255) indique bien la raison qui inspire cette solution de la doctrine et de la jurisprudence. Les biens sociaux, et notamment les livres de commerce d'une Société qui ne prend pas fin par le décès d'un de ses membres continuent, après ce décès, à appartenir exclusivement à la Société, comme éléments néces-

saires de son existence ; les livres ne peuvent donc être confondus avec les biens dont la propriété ou la possession appartenait au *de cujus* et qui se trouvent, en cette qualité, soumis à la formalité de l'inventaire (Voir ce qui a été dit plus haut sur les droits des ayants-cause de l'associé, Scellés n° 101).

En ce qui concerne les titres nominatifs, le notaire pourrait être dispensé par les parties de remplir les formalités, afin qu'elles puissent continuer d'en toucher les arrérages.

Notons que si, parmi ces pièces, il en était qui soient assujetties au droit de timbre, et qui ne soient pas revêtues de ce timbre, le notaire pourrait, cependant, les mentionner sans s'exposer à la contravention prévue par l'article 41 de la loi du 22 frimaire an VII. Car cette loi qui interdit de relater de tels actes, n'empêche pas qu'ils doivent être inventoriés (Garsonnet et César Bru, *op. cit.*, § 58, n° 25).

Bien plus, la régie ne serait pas autorisée à poursuivre contre les parties sur la simple énonciation par le notaire que ces papiers ne sont pas timbrés. (Solution régie 12 mars 1867. Defrénois, *Form. Not.*, n° 3788).

On s'est demandé si les titres au porteur devaient être cotés et paraphés. Une première opinion soutient l'affirmative. (Roland de Villargue, *Inv.* n° 257. — Bioche, *Inv.* n° 228). La seconde opinion, qui comprend la majorité des auteurs et qui est suivie par la pratique, soutient que ces titres ne doivent pas être cotés et paraphés. On se fonde sur la nature de ces titres, qui est de circu-

ler librement. Or, l'obligation de les coter et parapher les rendrait momentanément indisponibles.

(En ce sens, Garsonnet et César Bru, op. cit., § 58, n° 23. — Carré et Chauveau, t. 6. Quest. 3148 et suppl. Quest. 3149, quinquies. — Paris, 25 janvier 1859, D. 60, 5, 209. — Civ. Rej., 15 avril 61, D. 61, 1, 220. — Douai, 17 janv. 1870, D. 74, 5, 299). A plus forte raison, pourrait-il se faire couvrir par une dispense des parties, ou par l'autorisation du Président du tribunal statuant en référé (Cf., Douai, 17 janv. 1870, précité). On peut donc estimer que les fins de l'inventaire sont remplies par la simple désignation de ces valeurs dans l'inventaire.

D'ailleurs, le notaire n'engage pas sa responsailité, en ayant pris sur lui-même de coter et parapher ces titres (Cf. Garsonnet et César Bru, cod. loco). Ces cotes et paraphes ne feront pas obstacle à la libre transmission de ces titres, ni au paiement de leurs arrérages, intérêts ou dividendes, ni à leur transfert en titres nominatifs sans justification (Paris, 14 novembre 1879, Cass. 31 mai 1881, Rep. Defrénois, n° 196) et, de même, n'obligeraient pas à se faire concéder, par les Sociétés, de nouveaux titres au porteur (Troyes, 30 janvier 1880 *Form. Not., Defrénois*, n° 3791).

Ces titres au porteur, ou même nominatifs, sont laissés à la garde d'une personne désignée par les parties.

Ils sont, le plus souvent, déposés en banque, si le *de cujus* y avait un compte ouvert où il déposait ses valeurs. Enfin, en cas de désaccord des parties, ou sur la

demande d'une partie, ils sont déposés à la caisse des Dépôts et Consignations.

Souvent, d'ailleurs, les valeurs de la communauté ou de la succession étaient, au moment du décès, déposées dans un établissement de crédit. Dans ce cas, on analyse à l'inventaire les récépissés de dépôts.

S'il existait au nom du *de cujus* des carnets de chèques, il en est fait mention à l'inventaire et l'on biffe les chèques non encore détachés de la souche, afin de les rendre inutilisables.

Enfin, on analyse dans l'inventaire et l'on cote et paraphe toutes les notes, les papiers, reçus, factures, qui peuvent être de quelque utilité pour établir la liquidation. On n'a à indiquer d'une façon précise, parmi les factures et les reçus acquittés, que ceux qui se rapportent à l'année courante et à l'année écoulée. Tous les papiers relatifs à des affaires réglées ne sont pas décrits. Le juge peut même décider que cette analyse de papiers sera faite sommairement. Le notaire, par exemple, devra se borner à la désignation claire et succincte des valeurs, en indiquant seulement la date, l'objet principal, les personnes indiquées comme créancières ou débitrices, sans autre description ni transcription des diverses clauses (Limoges, 25 août 1860, D. 61, 2, 28).

Signalons encore qu'il a été jugé que l'omission volontaire et motivée d'une énumération détaillée et nominative des créances composant l'actif de la communauté n'est pas une cause de nullité de l'inventaire ; que la veuve d'un commerçant a donc pu se borner à désigner à l'inventaire, par un seul chiffre, un certain nombre de

créances, sans énumération ni autre indication ; que cette désignation sommaire ne peut être une cause de nullité, lorsque, le total des créances ainsi déclarées en bloc concorde avec le chiffre obtenu par le dépouillement du Livre-Journal. (Nancy, 26 août, 43, Rép. de Législ., Dalloz. Scellés et inventaire, 220).

Malgré cette jurisprudence, le notaire devra se montrer prudent et ne pas abuser de cette façon d'expédier les affaires. Sans doute, il faut éviter les pertes de temps, les frais et les peines superflus. Mais il importe, avant tout, de remplir le but de l'inventaire.

Le praticien, fut-il couvert par l'accord de toutes les parties, ou même par une autorisation du juge, devra, à tout le moins, attirer l'attention de ses clients sur les dangers et les inconvénients d'un travail trop rapide ou trop sommaire

112. — *Déclarations. Protestations et réserves. Difficultés et référés.*

La prise et l'analyse des papiers ne suffisent pas, généralement, à donner un état de la situation de fortune de la communauté ou de la succession. Ces données, établies sur la vue des biens eux-mêmes, ou sur la vue des pièces qui les représentent, sont complétées par les déclarations orales des parties reçues par le notaire. Celui-ci relate toutes les créances et les dettes qui lui sont indiquées, et dont les titres, pour une raison ou pour une autre, ne peuvent être représentés. Bien entendu, les déclarations ne peuvent être opposées aux tiers s'ils sont indiqués comme débiteurs, de même que ces tiers ne

pourraient s'en prévaloir s'ils étaient indiqués comme créanciers.

Ces déclarations peuvent même être rétractées par les parties qui les ont faites, à charge, pour elles, de prouver leur erreur.

Cependant, le Tribunal a toute liberté pour les retenir, s'il y a lieu, à raison de circonstances spéciales (Cf. Répertoire Dalloz, Inventaire, n^{os} 134 et 135).

Notamment, un tiers peut invoquer, comme commencement de preuve par écrit d'une remise de dettes faite par le de cujus, le fait que les parties n'ont pas déclaré cette créance, ni à l'inventaire, ni dans la déclaration de succession, ni dans le partage (Req., 18 juin 1904, D. 1904, 1, 295).

Notons, en outre, que d'autres déclarations sont reçues par le notaire, pendant le cours de l'inventaire, le plus souvent à titre d'explications. C'est ainsi que l'analyse des créances contre des particuliers fait parfois l'objet d'observations des parties, qui indiquent leurs modifications de valeurs, et notamment si elles sont d'un recouvrement difficile ou incertain, ainsi que nous l'avons vu.

Nous avons dit plus haut que ces déclarations étaient reçues sous toutes réserves et peuvent même donner lieu aux protestations de toute partie intéressée, et même des créanciers. Parfois, ces réclamations ou ces réserves ne sont pas de nature à interrompre l'inventaire et ne sont faites qu'en vue du partage ultérieur. Dans ce cas, le notaire se borne à en faire mention.

Par contre, des difficultés s'élèvent souvent, soit rela-

tivement à l'inventaire lui-même, soit relativement aux mesures conservatoires (nomination d'administrateur provisoire, continuation du commerce, recouvrement ou paiement des effets). Il faut alors prendre une détermination immédiate.

Si les parties en ont le pouvoir et si elles ne craignent pas de prendre qualité, elles peuvent se mettre d'accord et décider.

Si les parties ne peuvent se concilier ou si elles craignent de dépasser les limites de l'administration provisoire, et de faire ainsi, contre leur gré, acte d'héritiers, le notaire fait mention de la difficulté qui se présente, des dires des parties, et en réfère au Président du tribunal, dont l'ordonnance est inscrite et figure en suite des déclarations relatées par le notaire. Si le notaire ne résidait pas dans le canton où siège le Tribunal, le référé est introduit par les parties elles-mêmes.

CHAPITRE II

Gestion du Fonds de Commerce pendant l'Indivision

SECTION PREMIÈRE

GESTION ET ACCEPTATION TACITE

113. — La dissolution de la communauté offre à la femme une option : elle a le pouvoir d'accepter la communauté ou d'y renoncer. Nous n'entrerons pas dans l'étude particulière de cette option. Un point précis nous intéresse cependant ici. Il va falloir continuer l'exploitation du Fonds de commerce. Des opérations sont en cours, au moment de la dissolution de la communauté, des marchés ont été passés, des effets doivent être payés ou recouvrés. L'intérêt général, enfin, commande que cette exploitation ne soit pas arrêtée.

Il faut, par contre, que cette gestion, si elle est assurée par la femme, ne préjudicie pas à son droit de re-

fuser, le cas échéant, la communauté. Le Code Civil, article 454, dispose, en effet : « la femme qui s'est immiscée dans les biens de la communauté ne peut y renoncer ; les actes purement administratifs ou conservatoires n'emportent point immixtion ».

La question se pose, d'ailleurs, de la même façon pour les héritiers. L'article 778 décide qu'il y a acceptation tacite de la succession « quand l'héritier fait un acte qui suppose nécessairement son intention d'accepter et qu'il n'aurait droit de faire qu'en sa qualité d'héritier ».

Ces dispositions présentent un intérêt particulier quand la communauté ou la succession possède un Fonds de commerce. On doit examiner, dans la continuation du commerce par la femme, ses représentants, ou les héritiers du mari, quels actes seront « purement administratifs ou conservatoires » et quelles opérations seront interprétées, par contre, comme immixtion.

Le plus souvent, la veuve sera la seule personne en état d'assurer cette gestion. Aussi nous occuperons-nous plutôt de sa situation, des solutions analogues devant d'ailleurs être appliquées aux héritiers du mari, si la gestion était assurée par ces derniers.

114. — Tous les actes conservatoires sont permis à la femme, sans qu'ils lui donnent qualité d'acceptante : apposition de scellés, inventaire, inscription ou renouvellement d'inscription contre les débiteurs de la communauté, interruption de prescriptions, oppositions à la saisie, exécution des effets mobiliers corporels d'un débiteur de la communauté.

Il est plus délicat de discerner tous les cas où il y aura « actes administratifs », en raison de la variété des opérations qui se rattachent à l'exploitation du Fonds de commerce.

Cependant, non seulement tout le monde admet que la femme peut vendre les marchandises périssables, mais on peut même se demander jusqu'à quel point on ne pourrait la rendre responsable de la perte de ces biens, notamment au cas où elle est tutrice ou exécutrice testamentaire.

De même, la femme (ou l'héritier) doit recouvrer les effets arrivés à échéance, ou les payer Nîmes, 25 février 1880, D. 80, 2, 181. — Liège, 25 mai 1887, D. 88, 2, 78).

Il n'en serait toutefois pas ainsi, bien entendu, si la femme (ou l'héritier), en opérant ce paiement, se reconnaissait tenue personnellement.

La doctrine est aussi unanime à décider que la femme peut continuer l'exploitation du Fonds de commerce, et vendre les marchandises en magasin. Guillouard, cependant (III, 1260), paraît juger prudente une autorisation du tribunal.

Cette vente sera dispensée des formes légales.

115. — La femme peut-elle acheter des marchandises nouvelles en vue de leur revente ? Il semble bien que oui. Mais il y a lieu d'être prudent en ce qui concerne ces nouveaux marchés. Si la femme se contente de passer des commandes de la même nature, et dans les mêmes conditions que celles qui étaient faites habituellement par le mari, ce seraient bien des actes d'administration pure.

En serait-il de même si la femme faisait des contrats beaucoup plus importants que ceux que la maison de commerce avait coutume de passer ? Ou encore si la femme procédait à des opérations nouvelles, par exemple en fabriquant, ou en vendant, des articles d'une nature différente que ceux tenus en magasin jusqu'au décès du mari ?

116. — Pothier, et la plupart des auteurs après lui, conseillent à la femme, à l'occasion de ces actes, « pour éviter les contestations, de protester qu'elle ne fait ce qu'elle fait que pour la conservation des biens de la communauté, et sans préjudicier aux qualités qu'elle a à prendre » (n° 541).

Il serait plus prudent encore pour la femme de se faire autoriser en justice. L'opinion générale admet la validité de cette autorisation, par analogie avec la décision donnée par l'article 1961, alinéa 2, du Code Civil. Cet article donne le droit au Tribunal de nommer un séquestre pour la garde et l'administration d'un bien litigieux. Or, si la communauté n'est pas, à proprement parler, un bien litigieux, du moins on ignore, au moment où nous sommes, qui en sera propriétaire.

Et si l'on admet que la justice puisse lui donner un administrateur étranger, on doit reconnaître au juge le droit d'autoriser la femme à des actes d'administration.

Il semble, d'ailleurs, juste d'admettre avec Laurent (t. 22, n° 381) que la réserve faite par la femme, ou l'autorisation de justice, ne pourra couvrir que des actes d'administration véritable. Car il n'appartient ni à la

femme ni au juge de faire disparaître, par une réserve, ou par une autorisation, le caractère d'un acte de disposition ; et cela dans le seul but d'éviter la décision formelle de la loi qui décide qu'un acte de disposition entraîne acceptation de la communauté.

117. — En revanche, il apparaît qu'on doit se montrer large dans l'interprétation des actes de la femme. Sans doute, le critérium de la loi, pour reconnaître si un acte emporte ou non immixtion, consiste-t-il à rechercher « s'il suppose nécessairement l'intention d'accepter », et si l'héritier ou la femme a accompli un acte « qu'il n'avait droit de faire qu'en sa qualité d'héritier » ou d'acceptant.

Mais il importe aussi de voir l'intérêt des héritiers du mari, des créanciers de la communauté, l'intérêt économique et général, tout ce qui commande la continuation et la bonne marche du Fonds de commerce. Il faudra, dès lors, entraver le moins possible la gestion de la femme. Le commerce exige de l'initiative, parfois même de l'audace. L'inertie de la femme serait souvent plus à déplorer que son activité. On doit considérer la femme, à ce point de vue, comme agissant dans l'intérêt de tous, presque comme une mandataire.

Déterminer si elle a outrepassé ses pouvoirs sera, le plus souvent, une question d'espèce. La femme qui aura pris part à l'exploitation du Fonds de commerce pendant la vie de son mari, pourra se permettre une initiative bien plus grande que l'épouse tenue loin des affaires. Des circonstances exigeront aussi des actes plus graves

que ceux de la gestion journalière : la guerre, l'émeute, les crises économiques de toutes sortes feront que la femme sera amenée, dans l'intérêt général, à engager le capital de la communauté bien plus loin que le mari lui-même ne l'aurait fait en temps normal. L'époque où nous vivons est fertile en exemples de cette nature.

On devra donc, me semble-t-il, considérer si la femme a agi en bon commerçant, en bon père de famille, comme on dit en d'autres matières.

Tout le monde doit se féliciter si son audace a amélioré le Fonds commun, où tout au moins a évité des pertes graves, la faillite peut-être. Ce serait mal la récompenser d'une initiative heureuse que de l'obliger, à cause de ces actes, à accepter une communauté, qui, en dépit de ses efforts, est restée déficitaire. Ou bien encore, la communauté étant fructueuse, la femme peut vouloir y renoncer en faveur de ses enfants, et, en supposant une acceptation tacite de sa part, on lui interdit la possibilité d'un acte louable, et peut être nécessaire (Cass. Req. 9 février 1874, D. 74, 1, 357). Il appartient aux juges du fond de constater, avec les caractères qui leur sont propres, les éléments des faits présentés comme impliquant l'acceptation tacite d'une succession, et, à la Cour de Cassation de contrôler les conséquences légales tirées de ces faits.

Remarquons, d'ailleurs, que les droits des créanciers, et de tous les ayants-droit de la communauté, sont suffisamment sauvegardés par la faculté qui leur est laissée de faire nommer un séquestre, un administrateur.

Il y a lieu de remarquer que la femme conserve, au

moment où nous nous trouvons, des pouvoirs étendus, allant jusqu'aux actes de dispositions, sur ses biens réservés, bien qu'on ignore encore s'ils seront compris ou non dans la masse commune. Mais c'est justement en vertu de cette indécision qu'on ne veut pas assimiler à des biens communs les biens réservés que la femme pourra conserver pour elle en cas de renonciation à la communauté. Aussi la femme peut donc, sur ses biens, user de ses pouvoirs, même au-delà de ce qui constitue des actes d'administration, sans que cela entraîne acceptation tacite de la communauté (Aubry et Rau, § 517, texte et n° 11 ter).

Notons, enfin, que la femme mineure, ou l'héritier mineur de la femme décédée, ne peut accepter ni répudier la communauté qu'avec l'autorisation de son conseil de famille. Une nullité relative, au profit du mineur, est la sanction du défaut d'autorisation. On en déduit qu'un mineur n'ayant pas la capacité d'accepter sans autorisation, ne peut être considéré comme ayant accepté tacitement, même s'il y a eu, de sa part, des actes d'immixtion. (Rodière et Pont, t. 2, n° 1055).

SECTION DEUXIÈME

DROITS RESPECTIFS DU GÉRANT ET DES AYANTS-CAUSE DE LA COMMUNAUTÉ OU DE LA SUCCESSION, PROPRIÉTAIRE DU FONDS DE COMMERCE.

118. — Nous avons dit plus haut la nécessité où l'on se trouve de faire assurer, jusqu'à la liquidation finale,

l'exploitation du Fonds de commerce propre à l'époux prédécédé ou commerçant.

Comme nous l'avons dit, cette gestion est souvent assurée par la veuve. Non seulement elle a ses droits de commune en bien, mais encore elle est investie d'un usufruit légal, parfois même d'un droit de jouissance légale sur les biens de ses enfants mineurs.

Nous supposerons donc, ici, comme tout à l'heure, que la gestion est assurée par la veuve ; les mêmes solutions, ici aussi, s'appliqueraient, d'ailleurs, si la gestion pendant l'indivision était assurée par un des héritiers.

Voici, tout d'abord, qu'il ne peut s'agir ici que d'actes d'administration ; ni la femme ni les héritiers n'ont, en effet, le droit de disposer, à l'égard de qui que ce soit, des biens de la communauté ou de la succession.

119. — Posons, tout d'abord, sans nous y arrêter, car cela est évident, que l'on doit compter, dans l'actif ou dans le passif de la communauté, le résultat pécuniaire de tous marchés, de toutes opérations exécutés et terminés au jour de la dissolution de la communauté, bien que les paiements relatifs à ces actes n'aient eu lieu qu'après cette date.

120. — Mais quelle décision doit-on donner pour les opérations postérieures au jour de la dissolution ?

S'il s'agit d'un Fonds de communauté, nous devons constater que le Code ne donne pas d'indications, à cet égard, au titre du Contrat de mariage. La jurispru-

dence paraît chercher la solution de cette question, par analogie avec la décision fournie par l'article 1868, en matière de Société. Cet article stipule qu'au cas où la Société prendrait fin à la mort de l'un des associés, l'héritier de celui-ci n'a droit qu'au partage de la Société « *et ne participe aux droits ultérieurs qu'autant qu'ils sont une suite nécessaire de ce qui s'est fait avant la mort de l'associé auquel il succède* ».

Si l'on admet ce principe, la communauté s'accroîtra des bénéfices des opérations commencées avant le décès du conjoint, et présentant un caractère d'unité absolue. La communauté doit conserver pour elle les avantages et les pertes résultant d'un marché qui a été conclu à son compte. Telle est la décision que l'on donne pour un marché de construction d'édifice, terminé seulement après la dissolution de la communauté. (Cass. 29 juin 1872 ; S. 73, I, 113 ; Guillouard, Contrat de mariage, t. I, n° 382).

Mais cette solution n'a été donnée qu'en raison de l'indivisibilité de l'opération. On trouve, en revanche, une solution différente à propos d'un marché sur série de prix.

Dans cette espèce, les résultats étaient arrêtés à la fin de chaque quinzaine. On a décidé que ces opérations devaient être considérées comme autant d'entreprises différentes qu'il y avait des règlements et que la communauté n'avait droit qu'aux bénéfices réalisés avant la dissolution, le surplus devant profiter au survivant seul. (Cass. 19 novembre 1851, S. 52, I, 32, D. 51, I, 305 ; Aubry et Rau, § 507, n° 15).

Il y a cependant lieu de considérer que le critérium qui permet de distinguer si une opération profite à la communauté ou au conjoint survivant, n'est pas de rechercher si l'opération a été entreprise par le conjoint survivant après la date de la dissolution de la communauté, mais plutôt si cette opération est différente de celles que pratiquait ordinairement le Fonds de commerce commun.

On se trouve donc en face de questions d'espèces. Tantôt on se déterminera en considération du caractère de « nouveauté » d'une opération. (Cass. 24 novembre 1869, S. 70, 1, 72 ; D. 70, 1, 25 ; Cass., 28 avril 1884, S. 84, 1, 294, D., 84, 1, 329 ; Seine, 6 août 1892, *Le Droit*, 19 novembre 1892).

Tantôt on examinera si les bénéfices ne sont pas imputables à une aptitude spéciale de l'époux (Aubry et Rau, § 519 ; Guillouard, III, n° 1329).

Dans ces deux sortes de cas, l'époux survivant sera censé avoir agi en son nom personnel, à ses risques et périls, et on pourra, à juste titre, lui laisser retirer les bénéfices de son heureuse initiative. Mais on peut estimer que ce sont là des situations exceptionnelles. C'est donc à l'époux survivant de prouver le bien fondé du droit qu'il invoquerait à se réserver les bénéfices de l'exploitation. Et la règle ordinaire paraît être que tous les bénéfices réalisés entre la dissolution de la communauté masse commune. (Cass., 11 mars 1896, Rep. Defrénois, n° 6471). — (Bezançon, 21 juin 1903, sous Civ., 23 mai 1905, D. 1906, 1. 396, 1, 396, avec une note de M. Bouteaud).

121. --- Il semble qu'un raisonnement analogue doive être fait, en ce qui concerne la plus-value acquise par le Fonds de commerce pendant cette période d'indivision.

Si le survivant s'est contenté de poursuivre l'exploitation du Fonds de commerce commun sur les bases et dans les conditions existant au décès de son conjoint, c'est la communauté qui bénéficiera de cette plus-value.

Cela aura lieu, même si le Fonds de commerce a été évalué dans l'inventaire dressé au décès, la valeur des biens à partager étant considérée ici, non au jour de la dissolution de la Société matrimoniale, mais au moment du partage (Bordeaux, 11 mars 1847, *Journ. Arrêts Bordeaux*, 47, p. 147 ; Paris, 24 avril 1858, D. 58, 2, 159).

La logique veut qu'il soit procédé, en cas de pertes, de la façon qui vient d'être exposée pour les bénéfices. La dépréciation du Fonds et les pertes seront supportées par tous les ayants-droit de la masse commune, à moins qu'elles ne soient imputables à des actes de la nature de ceux qui ont été étudiés plus haut. Dans ce cas, l'époux, qui aurait profité des bénéfices, se trouve, à bon droit, supporter les pertes.

122. — C'est, naturellement, aux ayants-droit de la communauté qu'incombera la charge de la preuve que les actes accomplis par le conjoint survivant l'ont été sous sa responsabilité personnelle. Là encore, les juges auront à trancher des questions d'espèces et leur tâche ne sera pas facile s'ils ont à déterminer la responsabilité du conjoint dans la dépréciation du Fonds de commerce.

Si les fautes du conjoint ont été assez graves pour entraîner la faillite, la liquidation du Fonds n'en sera pas moins opérée contre tous les ayants-droits de la communauté. Mais ceux-ci auront, certainement, le droit d'exiger des dommages-intérêts, lorsque la faillite ou la liquidation judiciaire seront imputables aux agissements personnels du conjoint et à son initiative.

Si l'époux survivant s'était borné à continuer, sans y rien changer, la gestion du commerce, il ne serait tenu à de dommages-intérêts vis-à-vis des héritiers du conjoint prédécédé, qu'en cas de faute.

123. — Cette question ne se trouve pas encore complètement réglée, et l'on doit encore se demander, notamment, si la communauté n'a droit à rien, quand les bénéfices seront valablement attribués à l'époux survivant, et si, d'autre part, l'époux qui a eu la peine de la gestion et en verse les profits à la Caisse commune, ne peut réclamer, à tout le moins, le dédommagement de son travail.

Dans l'une et l'autre espèce va nous servir la notion de l'enrichissement sans cause.

Si l'époux a utilisé le Fonds de commerce commun pour des opérations nouvelles, en doit-il garder tout le profit ? Non, car, en somme, il a tourné à son usage et à son avantage personnels un bien sur lequel il n'a encore qu'une part indivise, et dont les fruits et revenus, jusqu'au partage, appartiennent à tous les ayants-droit de la communauté. En bonne justice, il paraîtrait équitable que cet époux tienne compte à la masse commune

d'une somme calculée d'après les bénéfices moyens de l'exploitation avant la dissolution de la communauté ; le surplus, seulement, devrait lui revenir.

La jurisprudence n'est pas allée jusqu'à l'application d'un principe aussi strict : c'est peut-être qu'on a, avant tout, intérêt à ce que le Fonds trouve un gérant. Peut-être aussi a-t-on reculé devant les difficultés d'appréciation en pratique.

Aussi se contente-t-on d'exiger de l'époux les intérêts des capitaux et le paiement de la valeur locative des choses mobilières et immobilières du Fonds de commerce, qu'il a utilisés à son compte (Pand. fr., 7056 ; Cass., 19 novembre 1851, S. 52, 1, 32 ; Cass., 24 novembre 1869, S. 70, 1, 72 ; Aubry et Rau, § 519, 5 ; Guillouard, 1, 382).

D'après le Rép. Defrénois (n° 19, 930), l'époux devrait compte des fruits naturels et civils que les divers éléments du Fonds auraient normalement rapportés.

Il en devrait rétablissement.

L'arrêt précité de la Chambre civile du 23 mai 1905, visait un cas où l'époux survivant s'était porté adjudicataire du Fonds de commerce. C'est, conformément à ce qu'on a dit, le prix de l'adjudication qui a servi de base au calcul des intérêts dus par l'époux, entre le jour de la dissolution et celui où son acquisition a mis fin à l'indivision.

124. — Enfin, avons-nous dit, il faut examiner la situation du conjoint qui a, tout simplement, poursuivi

l'exploitation du commerce, conformément aux habitudes de la maison. Nul doute qu'il ait droit à la réparation de toutes pertes qu'il aurait subies, par la suite, de cette gestion. Il a agi dans l'intérêt de tous. Tous le doivent indemniser du préjudice causé. C'est une application normale de l'action *mandati contraria*.

Mais on va plus loin : on accorde un salaire à l'époux pour son travail. Et cependant, le mandat est, en principe, gratuit. Mais cette attribution d'un traitement est bien fondée. L'époux survivant doit être indemnisé de sa peine, du temps qu'il a employé à cette gestion, et qui, utilisés ailleurs, lui auraient rapporté un profit. Au surplus, si cette rémunération ne lui était pas accordée, son travail profiterait seulement aux ayants-droit de la communauté et ce serait bien un enrichissement injuste. (Cass. 23 février 1881, Seine, 3 janvier 1884, Seine, 9 janvier 1908).

Laurent indique (t. 23, n° 8), que, si les produits du travail appartiennent à la communauté tant qu'elle existe, ils redeviennent la propriété de leurs auteurs après la dissolution. Si à ce moment, on faisait bénéficier l'actif commun, on prolongerait illégalement la communauté.

Le principe étant ainsi reconnu, l'importance de ce salaire sera établie en proportion du chiffre d'affaires de la maison, et en tenant compte des qualités d'intelligence et de dévouement que l'époux aura montrées en cette occurrence, comme d'ailleurs on le ferait s'il s'agissait d'un employé salarié ordinaire.

125. — Si l'on essaie de remonter aux principes généraux, on voit, en somme, que l'époux survivant (ou l'héritier gérant) est normalement considéré comme le mandataire, le gérant d'affaires de tous les ayants-droit de la communauté.

Son mandat est de gérer pour le compte de l'indivision, d'assurer la marche du Fonds de commerce, jusqu'à ce que le partage, ou la licitation, aient mis fin à cet état d'indivision, d'encaisser, pour le compte de tous, les profits retirés de cette gestion.

En somme, c'est un administrateur provisoire ; et sa ligne de conduite est tracée par les règles qui ont présidé à l'exploitation du Fonds pendant le cours de la communauté. Le travail que représente la gestion accomplie de cette façon est rémunérée par un salaire.

Mais le gérant n'est tenu que de ce travail-là. Si donc il apporte des capacités particulières, si son activité dépasse les limites que nous venons de dire, alors il n'agit plus comme mandataire. Les fruits de son travail lui appartiennent : le conjoint survivant lui-même a repris la propriété de son activité depuis la dissolution du mariage. Seulement, il s'est servi, pour son industrie et son avantage personnels, de la chose indivise. Celle-ci aurait normalement produit des fruits. Aussi, dit-on que l'époux survivant (ou l'héritier) doit le *loyer* des éléments du Fonds de commerce qu'il a utilisés pour son profit personnel.

126. — Les mêmes questions se posent lorsque le défunt possédait une part dans une Société qui se trouve dissoute par sa mort. En cette occurrence, le droit des

ayants-cause du défunt se borne, en principe, à demander le partage des biens sociaux, ou, si la Société continue entre les associés survivants, à demander le remboursement de la part sociale de leur auteur.

Nous avons eu à citer, plus haut, le texte de l'article 1868 qui régit notre matière, et aux termes duquel l'ayant-droit de l'associé de cujus ne participe, à compter du jour du décès, aux droits ultérieurs, « qu'autant qu'ils sont une suite nécessaire de ce qui s'est fait avant la mort de l'associé auquel il succède ».

Après les solutions que nous avons déjà indiquées, et auxquelles nous renvoyons, il reste encore quelques points à examiner.

Et d'abord la nature du contrat de Société, l'*intuitus personæ*, et le terme même survenu par le décès de l'associé (s'il a été stipulé qu'à ce décès la Société serait dissoute ou continuerait seulement entre les survivants), s'opposent à ce que l'héritier de l'associé prédécédé vienne prendre, dans les opérations sociales, la place de son auteur. Cependant, les opérations commencées avant le décès de l'associé doivent être terminées. L'héritier n'aurait pas plus le droit de s'y refuser que les autres associés n'auraient le pouvoir d'obliger cet héritier à se désintéresser de ces affaires. L'opération sera donc poursuivie, jusqu'à sa fin, par les associés survivants et l'héritier du prédécédé participera aux bénéfices et aux pertes.

L'obligation et les droits de l'héritier seront surtout importants dans le cas où son auteur aurait reçu, à l'exclusion des autres associés, le pouvoir de conclure et me-

ner à bien l'affaire que sa mort a interrompue. On considère alors l'associé comme le mandataire des autres. S'il meurt avant d'avoir terminé la tâche qui lui a été confiée, ses ayants-droit doivent, en vertu des règles du mandat, aviser les autres associés, (qui sont, en cette occurrence, les mandants), et prendre toutes les mesures commandées par l'intérêt général. Cette obligation de prendre les mesures nécessaires peut entraîner assez loin, et même à la continuation de l'affaire par l'héritier de l'associé s'il a la compétence voulue, s'il y a urgence, si l'éloignement oblige à des actes immédiats en attendant d'avoir reçu les ordres des associés, etc... Voici donc l'héritier prenant une place dans la Société, malgré le principe de l'*intuitus personæ*, malgré le terme arrivé avec le décès de son auteur. Mais ce n'est là qu'une situation temporaire et commandée par l'intérêt général.

Notons d'ailleurs que cette obligation n'est pas absolue : l'héritier mineur, par exemple, n'en est pas tenu.

Parfois même, les ayants-droit de l'associé décédé se trouveront participer à des opérations commencées après le décès. C'est notamment, lorsque les associés les auront entreprises en ignorant la mort du *de cujus*. On applique, là aussi, la règle du mandat, qui veut que soient valides les actes faits par le mandataire dans l'ignorance du décès de son mandant. Les bénéfices et les pertes résultant d'opérations effectuées dans ces conditions profiteront ou incombent à tous les associés, et aux représentants de l'associé prédécédé, proportionnellement à sa part sociale. (Guillouard, Société n° 307. — Troplong, Société II, n° 901. — Pont, Société n° 703. — Laurent, XXVI, n° 376).

Cependant, ceci est contesté et, d'après certains auteurs, les héritiers de l'associé n'auraient à prendre part qu'aux pertes ; les bénéfices, s'il en était fait, resteraient intégralement aux associés survivants. On se base sur ce que le mandat prend fin par le décès du mandant, et sur les principes romains, qui voulaient que survive, seule, l'action *mandati contraria*, destinée à indemniser, le cas échéant, le mandataire des conséquences d'un acte qu'il n'aurait pas accompli s'il avait su le décès et dont le préjudice retomberait sur lui (Rép. Législation Dalloz, Société n° 700). Nous croyons, avec la majorité de la doctrine, que cette opinion est erronée. Sans doute l'associé qui a agi dans l'ignorance du décès de son co-associé peut-il être considéré, dans une certaine mesure, comme le mandataire du *de cujus* ; mais il a agi, en même temps, pour lui-même. Ce serait aussi injuste de le faire bénéficier seul des avantages procurés par l'opération, que de laisser à sa charge l'intégralité du préjudice, en cas de perte.

Notons, ici, le cas où des tiers traiteraient avec la Société en ignorant le décès de l'associé. En droit, la Société est dissoute par ce décès conformément aux statuts, ou, à défaut de stipulation contraire, des statuts décidant la continuation de la Société. On admet que, si, en fait, la Société continue à fonctionner, les tiers pourront actionner non seulement les associés survivants, mais encore les représentants de l'associé prédécédé (cf. Guillouard, Société, n° 308, et la nombreuse jurisprudence citée en note).

CHAPITRE III

Reprises

127. — Pendant la durée de l'association matrimoniale, trois masses de biens, d'origine et d'affectation diverses, savoir les propres de la femme, les propres du mari et les biens de communauté, se sont trouvés plus ou moins confondus. La fin de la communauté va entraîner la dissociation des éléments de ces différentes masses. Chacun des époux va retirer ses propres. C'est l'opération des reprises en nature.

D'autre part, pendant la durée de la communauté, mille rapports ont eu lieu entre les masses en question. Ce sont comme trois caisses entre lesquelles d'incessants mouvements ont eu lieu. Il y a lieu de reviser toutes ces opérations, d'établir la comptabilité de chaque masse et de faire, de l'une à l'autre, les rétablissements nécessaires ; c'est l'objet des reprises en deniers et des récompenses.

SECTION I

REPRISE EN NATURE DU FONDS DE COMMERCE

128. — Nous l'avons dit, il faut établir l'état de chaque compte. Chaque époux a un patrimoine personnel qu'il s'agit de reconstituer. Double travail : tout d'abord on retrouve les éléments qui existent encore et, l'époux qui en est resté le propriétaire en fait *la reprise en nature*. C'est l'objet de ce chapitre. Ensuite, on recherche ce que sont devenus les éléments disparus, et, s'il y a lieu, on fait rembourser leur valeur par la communauté ou par l'autre époux ; c'est ce qu'on appelle « les reprises en Deniers » que nous étudierons dans le chapitre suivant.

Quels biens peuvent faire l'objet d'une reprise en nature ? Tous ceux qui ont conservé leur caractère de propre, ou les biens nouveaux acquis en remploi de propres.

En ce qui concerne le Fonds de commerce propre, nous avons eu à examiner, au début de ce travail, dans quels cas un Fonds de commerce tombait dans la communauté, et, *a contrario*, on a vu dans quels cas il restait un propre. Il suffit de renvoyer à notre chapitre I^{er} de la Première Partie.

L'époux qui s'est constitué en propre à son contrat de mariage, ou qui a reçu, à titre de propre, au cours du mariage, un Fonds de commerce, en opère la reprise dans l'état où il se trouve au jour de la dissolution de la

communauté. En réalité, l'époux n'a jamais cessé d'être propriétaire de ce bien. La jouissance seulement des bénéfices, des revenus du Fonds a été abandonnée à la communauté. La première conséquence de ce principe est que l'époux bénéficie de la plus-value ou supporte la dépréciation survenue pendant le cours du mariage. *Res perit, vel crescit domino.*

Une seconde conséquence de cette propriété conservée par l'époux est que la femme, agissant comme propriétaire, peut empêcher la saisie et la vente de son bien par les créanciers de la communauté, toutes les fois que les engagements pris émanent de son mari et non d'elle-même. (Guillouard, III, 1471 et jurisprudence et doctrine cités à cette référence).

129. — L'époux a droit à la reprise de tous les éléments qui constituent le Fonds de commerce : éléments incorporels, matériel et même marchandises. Ceci est admis uniformément et ne se plaide pas. (Voir cependant la déclaration du principe dans un jugement de Lyon du 27 mai 1892, au Répertoire Defrénois, art. 6904, ou dans le *Droit*, du 20 octobre 1892).

On pourrait, cependant, soulever une difficulté au sujet des marchandises. Il est entendu, en effet, que la communauté devient propriétaire des choses qui se consomment par le premier usage, des choses consommables. Ne pourrait-on dire que la communauté devient propriétaire des marchandises du Fonds de commerce propre et qu'elle doit, à sa dissolution, seulement la valeur des marchandises qu'elle aurait reçues, valeur dé-

terminée à l'époque du mariage et non à celle de la dissolution ? Si l'on admet cette solution, la communauté n'aura à restituer à l'époux que la valeur des marchandises apportées au moment du mariage ; toutes augmentations de valeur, de quantités, et à l'inverse toutes diminutions, profiteront où incomberont à la communauté. Bien plus même, les marchandises existant au jour de la dissolution, resteront la propriété et la possession de la communauté ; et la valeur due à l'époux, au lieu de lui être payée en marchandises, pourra lui être payée en deniers. L'époux reprendra donc son Fonds de commerce mais démuné de marchandises, qui resteront la propriété de la communauté. On voit la fâcheuse situation de ce commerçant.

L'opération risque, d'autre part, de n'être pas avantageuses pour la communauté elle-même ; soit que les marchandises existant au jour de la dissolution soient inférieures en valeur à ce qui est dû à l'époux en représentation des marchandises qui seraient tombées en communauté ; soit encore que la communauté ne puisse avantageusement tirer parti des marchandises qu'on lui laissera. Il est facile d'imaginer les difficultés et les possibilités de chantage entre les intéressés que l'état de choses amené par une telle solution entraînerait.

Cette solution est, on le voit, peu pratique. Aussi n'est-elle pas admise, non seulement en raison des difficultés que nous signalons, mais encore, et surtout, parce qu'on a de plus en plus tendance à considérer tous les éléments du Fonds de commerce comme les par-

ties inséparables d'un même tout (voir le jugement précité de Lyon, 27 mai 1892).

Nous n'admettons donc pas que la communauté devienne propriétaire des marchandises du Fonds de commerce propre, à charge d'indemniser l'époux de la valeur de ces marchandises. Mais, conformément au principe des récompenses qui sera étudié dans le chapitre suivant, le propriétaire du Fonds de commerce devra indemniser la communauté, si les marchandises existant en magasin à la dissolution du mariage sont en plus grande quantité ou de plus de valeur que celles qui se trouvaient dans le Fonds de commerce lors du mariage. La communauté devrait récompense à l'époux dans le cas inverse.

130. — La reprise en nature du Fonds de commerce comprend, à plus forte raison, les créances et les dettes commerciales ayant rapport à des opérations postérieures à la dissolution de la communauté. Il faut admettre, par contre, que la communauté doit encaisser le produit d'opérations entreprises avant sa dissolution et supporter les pertes dans les mêmes conditions ; et ceci, en raison de ce que la communauté est usufruitière des propres pendant toute sa durée.

Nous retrouvons, ici, la question, déjà traitée dans notre chapitre sur la gestion de l'indivision, des droits des indivisaires et de ceux du gérant.

La reprise, avons-nous dit, s'opère dans l'état où le Fonds de commerce se trouve au jour de la dissolution de la communauté. On peut se demander ce qui résul-

tera du fait que ce Fonds de commerce se trouve grevé d'un nantissement donné pendant le cours et pour le compte de la communauté. Bien entendu, le nantissement subsistera, même s'il s'agit du Fonds de commerce propre à la femme et si celle-ci renonce à la communauté. On peut même nier que la femme ait droit à une indemnité en raison de la dépréciation subie de ce chef par sa maison de commerce. En effet, si elle a accepté de la donner en nantissement, c'est bien dans l'intérêt de la communauté, mais donc aussi dans son intérêt même, à raison des avantages qu'elle avait à retirer de la vie commune et du droit éventuel qu'elle espérait à une part du boni de communauté. Si la communauté se trouve infructueuse ou déficitaire, on donne le droit à la femme d'y renoncer. La protection légale ne peut aller plus loin, et il faudrait des circonstances toutes spéciales (fraude, fautes lourdes) pour que la femme puisse avoir droit à une indemnité, qui dans un tel cas serait plus exactement des dommages-intérêts.

SECTION II

PREUVE A FOURNIR

131. — Cette question des reprises en nature comporte principalement l'étude de la preuve qui doit être fournie pour la reprise des meubles. Avant la loi du 29 avril 1924, les anciens articles 1499 et 1504, dont les textes étaient contradictoires, avaient reçu de la jurisprudence

chacun son domaine d'application, le premier réglant la mode des preuves à l'égard des tiers, le second concernant les preuves entre les époux eux-mêmes.

La loi nouvelle, en modifiant ces articles, a confirmé cette interprétation.

Bien plus, la loi de 1924 a rendu beaucoup plus facile la reprise des meubles, à l'égard des tiers, en permettant aux époux l'usage des preuves du droit commun alors que l'ancien article 1499, exigeait la production d'un inventaire ou d'un état en bonne forme.

132. — Cette sévérité de la loi était sans doute exagérée et le Code Napoléon avait, semble-t-il, sacrifié les justes droits des époux à la sécurité de leurs créanciers.

Quoiqu'il en soit, cette mesure de méfiance à l'égard des époux pouvait jusqu'à un certain point se justifier à l'égard de meubles corporels et surtout de meubles meublants ; on pouvait craindre que, par l'effet d'une collusion entre les époux, l'un d'eux, et la femme surtout, revendiquent la propriété de biens qui ne lui appartiennent pas et fraude ainsi les droits du créancier.

Mais, en fait, la même raison n'existait pas pour des éléments incorporels, et notamment pour un Fonds de commerce.

Il est bien certain, en effet, que la nature du Fonds de commerce ne se prête pas facilement aux fraudes qui sont possibles pour d'autres biens mobiliers et qui ont été la cause de la rigueur de l'article 1499. Un Fonds de commerce est un élément relativement stable dans une

fortune. La propriété peut en être facilement et péremptoirement prouvée. On ne peut craindre qu'un époux fasse passer la propriété du Fonds de commerce sur la tête de son conjoint, en fraude des droits de ses créanciers. En un mot, un Fonds de commerce participe plus à ce point de vue du caractère des immeubles que de celui des meubles. Et cela est si vrai que plusieurs lois ont fait, à cet égard, une véritable assimilation des Fonds de commerce et des immeubles : la loi du 28 février 1872 (Dalloz, 72, 4, 12) en soumettant au même régime de preuve les mutations des Fonds de commerce et des immeubles : la loi du 1^{er} mars 1898 (D. 1898, 4 20) et la loi du 17 mars 1909, en imposant aux nantissements de Fonds de commerce des formalités de publicité analogues à celles qui existaient déjà pour les inscriptions hypothécaires en matière immobilière.

La jurisprudence a suivi le même mouvement. Longtemps avant la loi de 1924, elle a permis pour la reprise du Fonds de commerce la production des preuves du droit commun, seulement recevables alors pour les reprises de biens immeubles.

A la vérité, ces facilités ont été données surtout dans des espèces où la preuve devait être fournie entre époux (cf. Bordeaux, 19 février 1856, Dalloz, 1856, 2, 177. — Jonzac, 29 décembre 1868, D. 1870, 2, 285. — Vervins, 18 mai 1911, *Journal des Notaires*, article 30.307).

Cependant, nous trouvons un arrêt de Paris (23 février 1835, S. 1835, 2, 88) où s'affirme, pour la première fois, à notre connaissance, la possibilité de prouver,

même à l'égard des créanciers, la propriété d'un Fonds de commerce, par d'autres moyens que ceux de l'ancien article 1499. La doctrine, d'ailleurs, en grande partie, devait prendre position dans le même sens, moins en vertu d'arguments de textes, que pour les raisons que nous avons dites (V. Guillouard, III, 1482. — Rodière et Pont, n° 1274. — Baudry-Lacantinerie, *Le Courtois et Surville*, « du Contrat de Mariage », t. 2, n° 1302). La jurisprudence des Cours d'appel se range à cette opinion libérale (cf. Agen, 24 mars, 1903, D., 1903, 2, 433, et note de M. Capitant. — Aix, 24 mai 1905, D., 1906, 2, 388).

Citons, cependant, en sens contraire, Aubry et Rau, (VIII, § 522, n° 22 bis) ; mais le rédacteur de la note paraît s'être basé, pour refuser ce régime de faveur au propriétaire du Fonds de commerce, sur le fait que ce régime n'est pas accordé pour les valeurs nominatives, alors que la fraude est encore moins facile pour ces biens que pour les Fonds de commerce.

La Cour de Cassation n'a pas eu à statuer sur l'espèce d'une demande en reprise en nature de Fonds de commerce. On trouve seulement une décision (Req., 14 mai 1899, D. 1899, 1, 397), aux termes de laquelle une preuve, qui n'était pas établie sous forme d'inventaire ou d'état authentique, a été jugée insuffisante. Mais il s'agissait d'une situation un peu particulière et la reprise devait être opérée non en nature, mais en valeur. Le rédacteur de la note d'Aubry et Rau précitée reconnaît qu'on ne saurait généraliser la solution de cet arrêt.

La réforme législative dont nous venons de parler

enlève beaucoup désormais de son intérêt pratique au mouvement que nous avons montré et qui tendait à considérer le Fonds de commerce, en ce qui concerne le mode de preuve exigé pour sa reprise, comme un bien analogue aux immeubles. Mais, du point de vue de l'histoire du droit, il n'est pas inutile de montrer l'évolution qui se manifestait sur ce point et qui, tenant compte de la nature du Fonds de commerce, réformait à son égard, les prescriptions du Code Napoléon.

CHAPITRE IV

Récompenses

SECTION I

RÉCOMPENSES DUES PAR LA COMMUNAUTÉ

133. — Nous continuons, dans ce chapitre, à suivre les opérations qui ont pour but de dresser l'état de chacune des trois masses, redevenues complètement distinctes à la dissolution de la communauté, savoir : les propres de la Femme, les propres du Mari, les biens communs.

On a vu que chaque époux était appelé à reprendre dans son patrimoine propre la possession des biens qui en dépendent et qui se retrouvent en nature à la dissolution du mariage, sans avoir perdu leur caractère de propres.

Nous entrons maintenant dans un véritable travail de comptabilité. D'une part, chaque compte de propres peut avoir à exercer des créances contre la communauté à raison des enrichissements qu'il lui aura procurés.

D'autre part, la masse commune pourra réclamer des indemnités aux propres, en représentation des profits dont ils lui seraient redevables. Ces règlements de compte à compte et les rétablissements qui en seront la conséquence vont faire l'objet de ce chapitre. Nous verrons immédiatement ce qui concerne notre sujet dans la question des récompenses dues aux propres par la communauté et dans une autre section le règlement des récompenses dues à la communauté.

134. — La communauté doit récompense toutes les fois qu'elle s'est enrichie ou qu'elle a été avantagée aux dépens des propres de l'un des époux.

Nous nous contenterons ici de cette formule très générale, en donnant seulement l'exemple concret le plus fréquent et le plus simple : un propre a été aliéné et le prix en a été encaissé par la communauté ; la communauté doit reverser le prix qu'elle a reçu. C'est du moins la solution logique, telle qu'elle existait avant la loi du 27 février 1912. Par conséquent, en cas de dissimulation de partie du prix de vente, la communauté était débitrice de l'intégralité du prix et pas seulement du prix fictif porté à l'acte. Mais le législateur de 1912 a décidé que la créance contre la communauté ne pourrait être supérieure au prix indiqué à l'acte, et ceci s'applique aussi bien aux cessions de Fonds de commerce qu'aux ventes d'immeubles ou aux partages des mêmes biens.

Solution évidemment fâcheuse, où l'esprit fiscal se concilie très mal avec l'esprit juridique.

Le législateur a voulu effrayer le vendeur d'un bien propre, en lui faisant craindre de ne pas retrouver la valeur intégrale de l'immeuble ou du Fonds aliéné. On doute qu'il y ait réussi et que cette mesure ait fait diminuer le nombre des dissimulations. La loi aboutit surtout à donner naissance à un enrichissement sans cause au profit de la communauté. Le conjoint du vendeur, généralement complice de la fraude fiscale recevra, en partageant la communauté, une partie de la valeur d'un bien qui ne lui a jamais appartenu. Cette conséquence est contraire à l'équité et peu conforme à l'esprit moderne, imbu, avant tout, de rendre à chacun ce qui lui appartient. Il aurait été préférable, croyons-nous, au moment de la dissolution de la communauté, — et si l'époux dans sa déclaration de succession, la liquidation ou le partage demandait, sans pouvoir la justifier, une indemnité supérieure au prix de vente déclaré à l'acte de cession —, de frapper d'une amende la somme exigée en augmentation du prix apparent. Voir les discussions auxquelles cette question donnait lieu avant la note du 27 février 1912, (Aubry et Rau, § 511, texte et notes 9 et 9 bis).

135. — Signalons aussi la récompense due par la communauté pour les profits d'opérations antérieures au mariage sous le régime de la communauté d'acquêts.

136. — Quel est le régime des preuves en notre matière ? Voyons, en premier lieu, les preuves exigées dans le conflit entre les époux seuls.

On le sait, la présomption légale est en faveur de la communauté. C'est à l'époux qui réclame une indemnité, de prouver son droit. Mais on est, justement, plus exigeant pour la preuve à fournir par le mari que pour celle demandée à la femme. Le mari doit prouver que le prix a été reçu par la communauté et a servi aux affaires de la communauté. La femme, au contraire, n'a qu'à prouver qu'elle avait un bien propre. Le mari, administrateur des propres de la femme doit, soit les représenter en nature, soit, si le bien ne se retrouve plus, indemniser la femme de sa valeur (récompense), soit restituer à la femme la valeur subrogée à ce propre (prix de vente encore du, bien acquis en remploi), soit encore prouver à la femme (ou à ses ayants-droit) qu'elle a encaissé elle-même avec pleine capacité, le prix de l'aliénation (cf. Aubry et Rau, § 511, texte et note 19).

137. — Si la preuve doit être fournie contre les créanciers, l'époux qui demande une récompense paraît devoir prouver, et le fait qu'il possédait un propre, et que le prix d'aliénation de ce propre est tombé dans la communauté.

Nous avons vu quelles preuves devaient être fournies pour la reprise en nature. Il semble que la jurisprudence devrait se montrer plus facile pour l'exercice d'une reprise en deniers, qui est le cas dont nous nous occupons présentement.

Cette reprise en deniers sera demandée dans deux sortes de cas :

1° Des propres ont été aliénés et le prix en a été encaissé par la communauté. Il s'agit de récupérer ce prix.

2° Les propres existent bien toujours en nature, mais on ne peut fournir les preuves exigées par les articles 1499 et 1510, la femme va faire l'abandon des propres eux-mêmes et tenter de récupérer seulement leur valeur.

La question intéressait surtout avant la loi du 29 avril 1924, qui, comme on l'a vu, a facilité la preuve à fournir. Avant cette loi, et pour éviter les rigueurs de l'ancien article 1499, une partie de la doctrine et de la jurisprudence des Cours d'appel (voir la bibliographie de la doctrine et la référence des décisions judiciaires, dans la note 1 au Dalloz 1922, 1, 14) a tenté d'introduire une différence pour le régime de preuves, selon que la femme se présentait comme propriétaire ou comme créancière de ses reprises. On a proposé, notamment, de se contenter d'un acte ayant date certaine, ou même d'un acte authentique comme par exemple le contrat de mariage (s'il ne remplit pas, par ailleurs, toutes les conditions exigées par l'article 1499 et notamment un détail avec estimation des propres apportés), et de compléter ce premier acte par d'autres preuves susceptibles d'entraîner la conviction du juge.

La Cour de Cassation a constamment refusé la distinction proposée. Elle justifie ses décisions par une argumentation qui paraît assez juste : il n'y a pas de raison, et surtout pas de raison tirée d'un texte, pour traiter différemment une reprise en nature ou une reprise en deniers ; surtout dans le cas où la femme essaie d'obtenir une reprise en deniers à défaut de la reprise en nature qu'on lui refuse pour insuffisance de preuves. De toute

façon, la thèse de la Cour suprême l'indique avec raison, il y a lieu de faire la preuve du droit de propriété de la femme. Cette preuve doit être fournie d'une façon identique, qu'il s'agisse de la reprise des biens eux-mêmes ou seulement de la reprise de leur valeur. Donc, dans l'un et dans l'autre cas, il faut appliquer l'article 1499.

Ainsi donc, avant la loi du 29 avril 1924 en ce qui concerne le droit de propriété de la femme, *l'origine* de ce droit, *l'individualité* et la *consistance* des biens, devaient être prouvés dans la forme authentique.

On s'est alors demandé s'il était nécessaire de prouver d'une manière aussi rigoureuse le fait de la réception par le mari, soit des biens eux-mêmes, soit de leur valeur s'ils ont été aliénés. M. Capitant (D. 1905, 1 505) paraît estimer que le fait de la réception doit être prouvé de la même manière que ce qui touche le droit de propriété. Nous croirions plutôt, avec M. de Loynes (D. 1908, 1, 356) que c'est trop exiger, M. de Loynes fait en effet, observer que l'article 1499 ne parle pas de la preuve de la réception par le mari, et qu'il n'y a pas à étendre la portée du texte.

Il tire argument de l'article 1402 duquel il résulte que l'apport est suffisamment justifié, à l'égard de la femme, « par la quittance que le mari lui donne, ou à ceux qui l'ont dotée ».

On doit donc, semble-t-il, même sous le régime antérieur à la loi du 29 avril 1924 se contenter, pour la preuve de la réception, d'une quittance même sous signature privée.

Nous trouvons, d'ailleurs, une solution semblable au Code de Commerce, dans le cas où l'on se montre le plus sévère et le plus exigeant pour la preuve à fournir par la femme. C'est lorsque la femme prétend exercer une reprise en deniers contre les créanciers, en cas de faillite du mari.

L'article 563 statue pour le cas où le mari était commerçant au mariage ou l'était devenu dans l'année du mariage.

Il indique d'abord la limitation des immeubles qui pourront seuls supporter l'hypothèque légale de la femme ; ensuite les créances pour lesquelles on accordera à la femme le bénéfice de l'hypothèque légale ; et, parmi ces créances, « les deniers, effets mobiliers qu'elle aura apportés en dot, ou qui lui seront advenus depuis le mariage par succession ou donation entre vifs ou testamentaire ».

Or, le même article 563, dispose que la *réception* de ses biens ; « la délivrance ou le paiement, devront être prouvés par acte ayant date certaine ».

Nous indiquons ici, cette disposition de la loi, tant pour la solution qu'elle donne en matière de faillite, que pour celle qu'on doit en déduire, à plus forte raison, en l'absence de faillite (1).

(1) Il ne faudrait pas tirer un plus complet argument de l'article 563. La Cour Suprême a cassé le 6 mai 1918 (D. 1922-1-14) un arrêt qui avait tenté, dans le cas d'une faillite, d'appliquer seulement l'article 563, en écartant les articles 1499 et 1504, et de se borner à la présentation d'actes ayant date certaine. Même en cas de faillite, on doit faire la preuve du droit à une reprise conformément au droit commun, défini par les articles 1499 et 1510. C'est seulement le fait de la *réception* qui peut être prouvé par acte ayant date certaine.

138. — Voici déterminé le droit à une indemnité. Il nous faut voir maintenant comment ce droit va être exercé. Chaque époux a la faculté de prélever sur les biens de communauté des biens suffisants pour le remplir de ce qui est dû à titre de récompense. Les prélèvements de la femme s'effectuent avant ceux du mari. En cas d'insuffisance des biens de communauté, la femme pourra exercer le prélèvement auquel elle a droit même sur les biens personnels du mari.

139. — Ces dispositions de la loi ont fait l'objet de controverses restées célèbres, et que nous n'avons pas à rappeler. Qu'il nous suffise d'indiquer que depuis un arrêt des Chambres réunies de la Cour Suprême du 16 janvier 1858 (D. 1858, I, 5), la femme n'est plus considérée comme propriétaire, mais comme créancière de ses reprises.

Il résulte de cette disposition, qui se trouve en harmonie avec nos textes et la tradition, que la femme, pour le règlement des indemnités auxquelles elle a droit, doit subir le concours des créanciers. Avant qu'elle puisse opérer le prélèvement sur les biens communs auquel nous avons dit qu'elle avait droit, le montant de sa créance est sujet à rectification. Cette créance ne sera pas mieux traitée que celle des créanciers.

S'il y a insuffisance d'actif pour payer intégralement les unes et les autres, chaque créancier, et la femme elle-même, n'aura droit qu'à un dividende. Dans ce cas, la femme ne peut, non plus, exercer de prélèvement en nature, même à concurrence du dividende seulement

qui lui est reconnu ; et ses droits se bornent à recevoir en deniers, comme tous les autres créanciers, la part qui lui revient dans la liquidation des biens de communauté ou du mari (1).

On peut trouver, à bon droit, que cette solution, aussi juridique qu'elle soit dans l'état actuel de nos textes, est sévère pour la femme. Le mouvement de jurisprudence antérieur à 1858, montre que l'on a compris le besoin de sauvegarder, de ce côté, les intérêts de la femme.

En somme, le système actuel assimile la femme aux créanciers. Cela n'est pas juste, cela n'est pas conforme aux faits, bien souvent, tout au moins.

Pour la femme, il ne s'agit pas, en effet, d'un marché avec la communauté ou le mari, entraînant des rapports de créancier à débiteur, comme dans une opération commerciale.

Il s'agit de reconstituer un patrimoine que les nécessités de la gestion, et parfois seulement l'intérêt de la communauté, ont, plus ou moins, transformé. A une époque où l'on aime à trouver des cas de subrogation réelle, il semblerait qu'on puisse élever un système, duquel il résulterait que les objets à prélever par la femme en rem-

(1) Rappelons-le, la femme ne peut réclamer à la communauté les indemnités que cette dernière lui doit qu'après déduction de ce que la femme elle-même doit à la communauté. On doit faire la balance des reprises en deniers contre la communauté et des récompenses dues à celle-ci. Le solde actif en faveur de la femme peut seul être réclaté par celle-ci. Quelle solution, par contre, si la balance révèle un solde passif pour la femme ? M. Capitant, III p. 205, indique que la balance en question ne constitue pas une compensation. Donc, en cas de faillite, on ne pourrait pas appliquer à notre hypothèse l'art. 446 du C. civ. de commerce. La femme paiera donc seulement le solde passif de la balance.

placement de propres aliénés sont subrogés à ces propres et prennent leur place.

Qu'on se montre difficile pour la preuve à fournir par la femme qui invoque son droit à une indemnité : c'est tout naturel ! Mais, à partir du moment où ce droit est établi avec certitude, on peut regretter que la femme n'ait pas une priorité pour l'exercer. Il est curieux de remarquer qu'on accorde cette priorité à la femme quand le mari ou la communauté possèdent des immeubles, et qu'on la lui refuse s'il n'y a que des meubles. Grâce à son hypothèque légale, en effet, et sous réserve du régime spécial de la faillite, la femme prime tous les autres créanciers. S'il n'y a pas d'immeuble, la femme subit le concours des créanciers. Dans l'un ou l'autre cas, la femme n'a-t-elle pas le même droit ? Les éléments mobiliers de la fortune moderne n'ont-ils pas pris une importance supérieure à celle des immeubles dans la plus grande partie des patrimoines de commerçants ? Certains éléments mobiliers, et notamment le Fonds de commerce, qui est une individualité bien définie, ne pourrait-il supporter une hypothèque légale de la femme, analogue en tous points à l'hypothèque immobilière ? Avec le régime actuel, la publicité du contrat de mariage, le registre du commerce amélioré et la publicité des inscriptions de nantissement, on pourrait concevoir que les créanciers seraient tout autant informés de la situation matrimoniale du commerçant et des droits éventuels de la femme sur le Fonds de commerce, qu'ils ne le sont, d'ores et déjà, en ce qui concerne l'hypothèque légale sur les immeubles.

A la vérité, que ce soit pour des raisons de texte ou pour toute autre cause, la jurisprudence de 1858 se trouve, de fait, tout en faveur des créanciers et au détriment des droits de la femme. Et il est bien certain que si un nantissement légal existait au profit de la femme, sur certains meubles de communauté au du mari, et notamment sur le Fonds de commerce, pour sauvegarder un chiffre éventuel de reprises, ce nantissement porterait atteinte au crédit du mari, surtout en matière commerciale. Mais n'a-t-on pas fait déjà toutes ces objections et n'a-t-on pas montré les mêmes inconvénients, en ce qui concerne l'hypothèque légale ?

La femme est considérée comme créancière à l'égard des créanciers. Il n'en est pas de même dans les rapports des époux entre eux. La femme est désormais considérée comme propriétaire.

140. — Si les époux ont des prélèvements à exercer, en paiement de leurs reprises la plupart des auteurs admettent, après Demolombe (t. IX, n° 363-365 ter) et Rodière et Pont (t. I, n° 383 et 388-390, t. 2, 1081 et 1082) que l'opération effectuée entre les époux est un partage. Il semble que ce soit aussi l'opinion de la Cour de Cassation (13 avril 1891, D. 1891, I 471, 6 décembre 1910, P. et S., 1914, I, 293) (cf. Planiol III, n° 1278).

L'avantage de considérer le prélèvement comme un acte de partage exécuté entre co-propriétaires sur des biens communs se révèle à plusieurs points de vue qui se ramènent à cette idée générale que l'opération n'est

pas translatif de propriété. (Cass. 20, 7, 69, D., 69, 1, 497).

Dons, il n'y a pas lieu dans le cas d'un fonds de commerce au paiement de droits de mutation (Cassation, 13 décembre 1864, D. 1865, 1, 17).

Enfin, la rescision peut être demandée en cas de lésion de plus du quart (Cass., 13 août 1883, D., 1884, 1, 49).

Mais pour qu'il y ait partage, il faut supposer une co-propriété. Cette co-propriété existe bien, en effet, pour le mari qui, en tout état de cause, gardera une fraction de la communauté, et pour la femme elle-même, lorsqu'elle acceptera la communauté. Par contre, nous ne voyons pas qu'il y ait co-propriété, dans le cas où la femme renonce à la communauté, ni non plus dans le cas où, par suite de l'insuffisance des biens de communauté, la femme se retourne sur les biens propres du mari. Dans ces deux cas la femme n'agit plus comme propriétaire mais comme créancière. Elle n'a droit qu'à une somme d'argent. Si le mari lui attribue un bien pris parmi ses propres ou dans la communauté, il y a dation en paiement.

SECTION II

RÉCOMPENSES DUES A LA COMMUNAUTÉ

141. — Il reste une dernière opération à effectuer pour que soient rétablis respectivement les comptes des propres et celui de la communauté. Nous avons montré, jusqu'à présent, la communauté débitrice des propres.

Il faut maintenant indiquer la situation inverse et faire verser par les propres les indemnités qu'ils peuvent devoir à la communauté.

Nous n'envisagerons ici que les cas qui prennent naissance à l'occasion de l'exploitation d'un Fonds de commerce propre.

Rappelons, cependant, que nous avons indiqué plus haut un cas où il y avait lieu à récompense à la communauté, à l'occasion de la gestion du Fonds de commerce commun : c'est, avons nous dit, quand, après la dissolution de la communauté, le gérant du Fonds de commerce fait des opérations nouvelles à ses risques et périls et à son profit exclusif. Dans cette espèce, il est dû récompense à la communauté des intérêts des capitaux de communauté placés dans la maison de commerce et de la valeur locative des divers éléments de cette maison de commerce.

S'il s'agit d'un Fonds de commerce propre, il est assez rare que sa gestion puisse donner lieu à récompenses envers la communauté.

Le cas qui se présente le plus naturellement à l'esprit est celui où la communauté aurait fourni des deniers pour l'amélioration du Fonds de commerce. Nul doute qu'il y ait alors lieu à rétablissement, conformément au droit commun ; le montant de la récompense sera, soit celui de la plus-value causée, soit celui de la somme déboursée par la communauté. Les propres paieront la plus faible des deux sommes.

142. — Mais on se trouve en présence d'une situation plus délicate lorsqu'on recherche si la communauté n'a pas droit à une indemnité dans le cas d'augmentation de valeur du Fonds de commerce.

On décide, en principe, que le propriétaire du Fonds de commerce bénéficie seul de sa plus-value, comme il supporterait seul les diminutions de valeur. La communauté n'est, en effet, qu'usufruitière des propres. L'époux ne laisse pas sans rester propriétaire pendant la durée de cet usufruit ; et il reprend ses propres à la dissolution de la communauté dans l'état où il les retrouve, avec leurs accroissements ou leurs dépréciations. *Res crescit vel perit domino*. On admet qu'il y a une incorporation de la plus-value au Fonds de commerce. Personne ne conteste l'exacte application du principe juridique à notre matière.

Mais des difficultés naissent souvent, lorsque l'accroissement de valeur du Fonds de commerce est imputable à la mise en œuvre d'éléments appartenant à la communauté : travail de l'époux, capitaux appartenant à la communauté.

143. — En premier lieu, on peut se demander si la communauté n'a pas droit à une indemnité lorsque la plus-value du Fonds de commerce propre est due à l'activité de son propriétaire (1). Ce qui fait poser cette ques-

(1) Si le fonds de commerce propre est vendu pendant la communauté, et si on a stipulé une interdiction pour le vendeur d'exercer un commerce analogue, le prix de la cession a été majoré du fait de cette stipulation.

On a enseigné qu'en ce cas, la communauté devait profiter de

tion, c'est le fait juridique que, pendant tout le cours de la communauté, les revenus du travail des époux sont acquis à la masse commune.

A cause de l'incorporation de la plus-value au bien lui-même, on ne pouvait songer à donner à la communauté un droit indivis sur le Fonds de commerce propre.

Mais à tout le moins, semblait-il qu'on devait une indemnité représentative de cette plus-value.

Cette solution a été longtemps celle de la jurisprudence.

Celle-ci, en effet, a, d'abord, admis que la communauté n'avait aucun droit en vertu de cette plus-value, toutes les fois que l'accroissement de valeur du Fonds de commerce était dû à des circonstances de fait et non à l'activité de l'époux. (Bordeaux, 29 août 1840, Jur. Gén., Dalloz, V° C. de mariage, n° 642. — Bordeaux, 19 février 1856 ; D. 1856, 2, 177. — Paris, 8 avril 1869, D., 1869, 2, 236).

Mais, par un véritable revirement, on en est venu à estimer que cette plus-value appartiendrait intégralement à l'époux propriétaire, et sans indemnité à l'égard

cette augmentation du prix, car a-t-on dit, elle représente l'industrie que l'époux renonce à exercer et qui appartenait à la communauté (Pand. fr. mariage, n° 6538).

Mais cette solution est contestable car ce qui appartient à la communauté, d'après l'article 1498 ce n'est pas l'industrie des époux, mais seulement les produits de cette industrie.

En outre, constatons que rien n'empêchera la communauté de toucher les revenus du travail que fera l'époux dans un autre métier. La communauté touchera d'ailleurs les *revenus* de cette augmentation du prix.

de la communauté, même si l'augmentation de valeur résultait du travail de l'époux. (Cass., 9 juin 1836, D., 1836, 1, 356. — Cass., 16 juillet, 1856, S., 1856, 1, 865. — Paris, 30 avril 1891, *Gazette des Tribunaux*, 13-14 juillet 1891).

Voir des solutions identiques pour la plus-value de l'office ministériel (Bordeaux, 17 février 1886 ; D. 1886, 2, 119 ; Req., 14 avril 1893, D. 1893, 1, 351).

Cette dernière solution de la jurisprudence est justifiée par plusieurs arguments. D'abord, dit-on, il y a incorporation de la plus-value au bien lui-même. Mais cet argument n'est pas complètement probant, parce que, comme nous l'avons dit, il ne s'agit pas de donner un droit à la communauté sur le Fonds de commerce, mais de lui reconnaître le droit à une indemnité en représentation de ce travail, qui aurait pu être employé à l'amélioration d'un bien commun, et qui a été utilisé pour l'accroissement d'un propre.

Un autre argument met en avant la difficulté où l'on se trouve, généralement, de déterminer dans quelle mesure une plus-value est imputable au travail de l'époux et aux circonstances. Cette observation n'est pas sans intérêt en fait, mais laisse entier le principe que nous défendons.

Enfin, on peut dire, pour légitimer cette solution, que la communauté a bénéficié, elle aussi, de la plus-value du Fonds de commerce, car, à cette plus-value, a correspondu une augmentation des bénéfices, et ces bénéfices sont tombés en communauté.

Ceci nous semble le meilleur des trois arguments. Ce-

pendant on pourrait, croyons-nous, répondre que le fait pour la communauté d'avoir perçu une partie du revenu du travail auquel elle a droit ne doit pas la priver de percevoir le surplus des bénéfices dus au travail, et représentés par cette plus-value.

144. — Si discutable que paraisse la jurisprudence actuelle dans l'espèce que nous venons d'indiquer, elle le sera encore bien plus, semble-t-il, à propos de la solution qu'elle donne au cas où la plus-value du Fonds de commerce est imputable, non plus au travail de son propriétaire, mais au cas où cette augmentation de valeur est due à l'activité de son conjoint ! (Aix, 24 mai 1905 ; D., 1906, 2, 388). On a décidé que cette plus-value appartiendrait, entièrement et sans récompense, aux héritiers du propriétaire du Fonds de commerce.

Cette décision s'est inspirée, elle aussi, de l'idée d'incorporation de la plus-value du Fonds de commerce lui-même et de l'adage : *res crescit domino*. Mais il nous semble qu'on fait, ici, un véritable abus, et que l'on peut s'étonner d'une telle solution, à une époque où l'on pousse à l'extrême le souci d'éviter l'enrichissement sans cause, et où l'on étend, presque à l'infini, les applications de l'action de *in rem verso*.

145. — Qu'y a-t-il lieu de décider si la plus-value du Fonds de commerce propre provient de l'emploi de capitaux appartenant à la communauté ?

Cette situation peut se produire de deux façons différentes : soit par l'utilisation de sommes d'argent apparte-

nant à la communauté et provenant à celle-ci de causes diverses ; soit par l'utilisation de tout ou partie des revenus du Fonds de commerce propre, ces revenus étant affectés à l'amélioration du Fonds de commerce, au lieu d'être abandonnés à la communauté conformément à la règle.

146. — On propose de trancher cette question de récompense différemment en distinguant le cas où le propriétaire a agi volontairement et le cas où il a été forcé.

Cette distinction est, en effet assez logique. Supposons un propriétaire de Fonds de commerce qui donne à celui-ci de l'extension ou en perfectionne les éléments à l'aide de sommes d'argent qui appartiennent ou doivent appartenir à la communauté. Il y aurait, de sa part, enrichissement injuste à son profit et lésion au préjudice de la communauté. L'époux a agi en connaissance de cause et de son plein gré ; il est indiscutable qu'on devra lui réclamer le rétablissement de la situation (Req. 25 oct. 09, D. 10, 1, 257, §, rapport de M. le conseiller Fochier et note de M. Binet).

Comment se fera ce rétablissement ?

Il semble que la communauté pourra, conformément au Droit commun, réclamer la plus petite des deux sommes : soit montant des sommes affectées à l'accroissement du propre, soit plus-value procurée.

Parfois la communauté pourra demander autre chose. Elle pourra se prétendre propriétaire des biens acquis ou créés par le propriétaire du Fonds de commerce en propre, à l'aide de deniers communs. Ceci se verra rare-

ment. S'il s'agit, en effet, de plus-value, cette plus-value s'incorpore au bien propre. S'il s'agit d'un développement, d'une extension de ce Fonds de commerce, ce n'en sera pas moins le même Fonds de commerce qui continuera d'exister, en conservant son caractère de propre. Bref, la communauté ne pourra prétendre à un droit de propriété que s'il y a création d'un bien nouveau. L'exemple de cette sorte la plus pratique est le cas où des capitaux communs seraient employés à l'acquisition d'actions nouvelles d'une Société dont l'époux faisait déjà partie. On voit qu'on est bien loin des cas ici envisagés de plus-value. D'ailleurs, même dans l'exemple que nous indiquons, on a vu parfois la jurisprudence décider que ces actions nouvelles elles-mêmes, auraient le caractère de propres. Il en est ainsi, notamment, lorsque l'époux a acquis ses actions nouvelles en vertu d'un droit de préemption et les a payées, partie au moyen du capital des réserves de la Société et partie avec des deniers de la communauté (Req., 24 juin 1903, D. 1904, 1, 591).

A plus forte raison, refuse-t-on à la communauté de revendiquer la propriété, indivise ou non, de la plus-value ou de l'extension du bien propre, lorsque le propriétaire du Fonds a été forcé d'affecter tout ou partie des revenus de l'entreprise à l'amélioration du Fonds de commerce.

147. — Il y a des cas, en effet, où cette distraction d'une partie des bénéfices est forcée. L'espèce la plus courante est celle-ci : Une personne s'est constituée des

droits dans une Société antérieurement à son mariage. Il résulte des statuts de la Société qu'un tantième des bénéfices réalisés annuellement sera affecté à la constitution d'un Fonds de réserve, ou encore au perfectionnement du matériel.

Dans ce cas, cette affectation des revenus est imposée à l'époux : non seulement le tantième immobilisé par cette destination ne tombe pas en communauté, mais encore la communauté n'aurait pas droit, dit-on, à une indemnité, en représentation du revenu qui lui échappe (argument à contrario, de l'arrêt précité de la Chambre des Requêtes du 25 octobre 1909). Voir aussi le rapport de M. le Conseiller Fochier (D., 1910, 1, 260) et la citation qui est faite de Labbé au D., 1877, 1, 353. M. Labbé s'exprime ainsi : « Donnant une influence à la volonté de l'homme sur la conversion de bénéfices commerciaux, soit en capitaux, soit en fruits, nous nous efforçons de pénétrer l'intention qui a présidé à chaque opération, à chaque distribution ; cette intention, quand elle se produit, comme dans notre espèce (capitalisation de bénéfices d'une Société industrielle par la constitution d'actions nouvelles) d'une façon régulière et *indépendante de la volonté de son propriétaire ou de l'usufruitier*, doit être suivie et doit donner la mesure des droits de chacune des parties... Les bénéfices d'une entreprise commerciale ou industrielle ne sont pas des fruits par essence. Ces bénéfices peuvent être capitalisés par les administrateurs, conformément aux pouvoirs que les statuts leur donnent. Cette capitalisation, *résultat d'une convention antérieure à la naissance de son droit*, doit être respectée par

l'usufruitier, lequel n'a droit qu'aux purs et périodiques dividendes ». Cette solution, donnée pour l'usufruitier, est applicable, a-t-on besoin de le dire, à la communauté, véritable usufruitière des revenus des propres.

A notre avis, voici comment doit s'interpréter la solution de l'espèce que nous venons d'indiquer, et celle de M. Labbé : la communauté n'a pas droit à indemnité, parce qu'elle n'a pas droit aux fruits que représenterait cette indemnité ; en effet, lorsque la communauté s'est formée, l'époux était déjà engagé par l'acte de Société à faire l'abandon d'une partie de sa part de bénéfices : la communauté n'a donc pu compter sur cette fraction de revenus affectée, en vertu d'une convention *antérieure à la naissance de son droit*.

Mais ce qui dicte cette solution, c'est le fait de l'antériorité de la convention sociale. Nous croyons qu'en bonne justice, cette solution ne devrait pas être donnée lorsque la convention sociale est postérieure à la formation de la communauté. Nous reconnaissons, bien volontiers, que l'époux puisse être forcé à cette distraction de revenus.

Mais il n'en est pas moins vrai que la communauté supporte, de ce chef, un préjudice. Elle a donc droit à indemnité, conformément au principe des récompenses. Remarquons-le, d'ailleurs, forcé ou non, d'exécuter cette opération, l'époux qui la réalise augmente son patrimoine personnel au détriment de la communauté ; en effet, ces revenus vont être employés à l'amélioration du Fonds social, à l'augmentation de sa valeur. Donc, la part sociale de l'époux va s'accroître elle aussi. On sera

bien forcé de convenir que l'époux y gagne et que la communauté y perd. Elle perd les revenus qui ne lui ont pas été versés et c'est ce chiffre qui constitue le montant de l'indemnité à laquelle elle doit avoir droit ; ou en tout cas l'importance de la plus-value fixe le chiffre de récom-pensation de la communauté. Nous reconnaissons, bien volontiers, que l'époux puisse être forcé à cette distraction de revenus.

Mais il n'en est pas moins vrai que la communauté supporte, de ce chef, un préjudice. Elle a donc droit à indemnité, conformément au principe des récompenses. Remarquons-le, d'ailleurs, forcé ou non, d'exécuter cette opération, l'époux qui la réalise augmente son patrimoine personnel au détriment de la communauté ; en effet, ces revenus vont être employés à l'amélioration du Fonds social, à l'augmentation de sa valeur. Donc, la part sociale de l'époux va s'accroître elle aussi. On sera bien forcé de convenir que l'époux y gagne et que la communauté y perd. Elle perd les revenus qui ne lui ont pas été versés et c'est ce chiffre qui constitue le montant de l'indemnité à laquelle elle doit avoir droit ; ou en tout cas l'importance de la plus value fixe le chiffre de la ré-compense.

Nous croyons qu'il faut raisonner de la même façon lorsque le prélèvement de partie des bénéfices est effectué pour la constitution d'un Fonds de réserve légal, par conséquent obligatoire. Si l'époux était actionnaire de la Société avant la formation de la communauté, celle-ci ne peut prétendre à une indemnité, en représentation de revenus sur lesquels elle ne devait pas compter. Au con-

traire, la communauté devrait avoir droit à indemnité pour le montant des sommes distraites des bénéfices en vue de la constitution du Fonds de réserve légal, lorsque l'époux ne sera devenu actionnaire de la Société que postérieurement à la formation de la communauté.

En résumé, il nous semble que l'on doit se montrer assez large pour reconnaître le caractère de propres à tous accroissements de valeur du Fonds de commerce propre. Mais nous croyons qu'il faut réserver à la communauté le droit à une indemnité, toutes les fois qu'elle a été privée d'une partie des revenus auxquels elle avait droit ou qu'elle a prêté des deniers pour l'amélioration du Fonds de commerce propre.

CHAPITRE V

Partage

148. — Nous avons étudié les mesures conservatoires qui pouvaient être prises à la dissolution de la communauté. Nous avons montré quelle était la vie du Fonds de commerce au cours de cette période intermédiaire qui commence au jour de la dissolution de la communauté et qui se termine au jour fixé pour la jouissance divise. Nous avons enfin montré les règlements qui s'opéraient entre les époux et la communauté. Il nous reste à établir la liquidation de la communauté elle-même, ou de la succession de l'époux prédécédé, dans lesquelles se trouverait un Fonds de commerce.

° La communauté ou la succession qui comprend un Fonds de commerce en porte la valeur à son actif, ainsi que les revenus qui s'y adjoignent depuis le jour de la dissolution, conformément à ce qui a été dit au chapitre 2. Par contre, le passif de la communauté ou de la succession comprend les dettes du Fonds de commerce antérieures à la dissolution ou les dettes qui restent à la

charge de la communauté ou de la succession, à la suite de la gestion du Fonds de commerce pendant la période d'indivision.

149. — A ce moment se trouvent définitivement fixées la forme et l'étendue de la contribution aux dettes commerciales des époux. Ce n'est pas dire, cependant, que les créanciers commerciaux soient dépourvus de tout recours et de tous droits de poursuite contre le conjoint du commerçant, ou même contre la femme ayant renoncé à la communauté, si elle s'était trouvée engagée personnellement au côté de son mari. Mais il n'y a pas d'explications spéciales à fournir à ce sujet, puisque c'est l'application de droit commun, avec la seule observation cependant que les créanciers pourront se servir des modes de preuves du commerce toutes les fois que l'engagement aura revêtu une forme commerciale.

150. — La liquidation définit l'étendue des droits des parties. En conséquence, vont être distribués, entre les ayants-droit, les biens de la communauté et de la succession. Le Fonds de commerce sera, en général, attribué de cette façon.

Cependant, si l'accord ne pouvait être fait entre les parties à ce sujet, ou si la maison de commerce avait une importance trop considérable par rapport à la masse à partager pour qu'elle puisse être attribuée à un seul des ayants-droit, il faudrait en arriver à la vente du Fonds de commerce. Aucun ayant-droit (même pas la femme), n'aurait le droit, contre la volonté des autres co-parta-

gants, d'exiger que le Fonds de commerce lui soit attribué, à moins qu'il ne puisse invoquer, en sa faveur, une disposition du conjoint prédécédé à ce sujet.

Ceci est intéressant à signaler lorsque l'époux qui survit est celui qui gérât le Fonds de commerce commun. Il risque de se voir dépossédé de la maison de commerce qu'il a exploitée pendant tout le cours du mariage, qu'il avait fondée, etc...

On pourrait se demander, cependant, si, dans certains cas, l'époux survivant qui se trouvait à la tête d'un Fonds de commerce de communauté, ne pourrait invoquer sur ce fonds un droit exclusif. Il en serait ainsi, notamment, pour un Fonds de commerce de pharmacie, dont l'exploitation exige un diplôme, et pour lequel nous supposons que ce diplôme appartienne à l'époux survivant. La même question se pose, dans des termes identiques, pour les offices ministériels, et, d'une manière générale, pour toutes les professions dont la charge a une valeur vénale et pour lesquelles est exigée une autorisation.

Il faut certainement décider, dans ces cas, que l'époux survivant, détenteur de ce diplôme, ou de cette autorisation, a le droit de conserver la gestion du Fonds de commerce, dont la valeur tombe seule, en communauté.

En revanche, le conjoint, ni les héritiers de la personne investie de ces diplôme et autorisation, n'ont, en aucune façon, le droit de continuer l'exploitation du Fonds de commerce.

Cependant, la loi du 21 Germinal an XI a accordé, sous certaines conditions, à la veuve et aux héritiers

d'un pharmacien de continuer de tenir la pharmacie ouverte pendant un an.

Aucun des ayants-droit n'a non plus la faculté de se faire attribuer, contre la volonté des autres co-partageants, le droit de présentation qui est propre à ces sortes de Fonds de commerce.

151. — A défaut d'entente ou de possibilité d'attribuer à l'un des ayants-droits le Fonds de commerce, la licitation de ce Fonds remplacera un partage en nature que le caractère de la maison de commerce rend à peu près impossible. Cette licitation a lieu amiablement si toutes les parties sont d'accord pour cela.

Dans le cas contraire, la licitation en est ordonnée par le Tribunal. Comment sera faite cette vente ? La loi du 22 pluviôse, an XII, article 1^{er}, a décidé que les immeubles, et tous objets mobiliers ne peuvent être vendus publiquement et par enchères, qu'en présence et par ministère d'officiers publics ayant qualités pour y procéder. Les officiers publics désignés en vertu de cette loi, sont les commissaires-priseurs. Mais, d'autre part, il a été statué que la vente de meubles incorporels, comme les créances, ne peuvent être faite que par ministère de notaire (Cass., 16 août 1854 ; 20 avril, 1873).

Que décider pour le Fonds de commerce qui se compose à la fois de biens incorporels (clientèle, achalandage, droit au bail, créances) et de meubles corporels (matériel, marchandises) ?

Un arrêt de la Cour de Cassation du 17 décembre 1919 a tranché tous différents qui existaient à ce sujet

entre notaires et commissaires-priseurs, en décidant que la vente serait faite par les uns ou par les autres selon l'importance relative des éléments incorporels et corporels. Dans aucun cas, la vente du Fonds de commerce ne pourrait être retenue à la barre du Tribunal (1).

152. — Nous n'avons pas à suivre les opérations commerciales effectuées par l'ayant-droit auquel aura été attribué le Fonds de commerce à partir de la jouissance divise. Il semble que ces opérations ne doivent plus entraîner aucun rapport avec les autres ayants-droit, puisque la communauté et la période d'indivision ont pris fin. L'attributaire du Fonds de commerce aura la propriété exclusive de tous ses éléments. Il pourra donc, s'il le juge à propos, conserver les marchandises, l'enseigne, et même le nom sous lequel le Fonds de commerce était exploité pendant la durée de la communauté. Un arrêt de Bordeaux du 3 décembre 1906 (au Dalloz de 1907, deuxième partie, 1, 73, note de M. Louis Thomas) a décidé que, si une femme mariée avait, au cours du mariage, fondé un établissement de commerce sous le nom du mari, celle-ci en reprenant le Fonds après la dissolution de la communauté, même par divorce, aurait le droit de continuer cette exploitation, en maintenant le nom de son mari dans l'enseigne et la dénomination de son magasin.

(1) La Cour de Limoges (8 avril 1924) a cependant décidé que la vente du fonds de commerce pouvait être retenue à la barre du tribunal en même temps que l'immeuble où est exploité le fonds, en raison du caractère d'accessoire qu'ont les meubles à l'égard des immeubles et de l'économie qui résulte pour les intéressés de cette retenue à la barre. Devant la protestation des notaires et des commissaires priseurs il faut s'attendre à une décision de la Cour de cassation.

Cette disposition n'est-elle pas contraire à l'article 299 du Code Civil, qui décide que, par le fait du divorce, chacun des époux reprend son nom ? C'est, à tout le moins, une dérogation à ce principe : dérogation exigée par les nécessités du commerce. Le nom commercial se trouve, en effet, attaché au fonds de commerce. La femme, propriétaire du Fonds, l'est donc aussi du « signe de ralliement » destinée à conserver sa clientèle. Une décision analogue a été donnée par le Tribunal de la Seine, le 2 novembre 1895 (au Dalloz de 1896, 2, 152). Une solution analogue a été aussi donnée pour la femme commerçante devenue veuve et remariée (Nancy, 22 février 1859, Dalloz, 1839, 2^e partie, page 49. — Paris, 29 mars 1890, Dalloz de 1895, 1839, 2, 49, 1895, 2, 30.

Ce droit de propriété sur le nom d'autrui n'est, d'ailleurs, pas absolu. Les décisions judiciaires estiment qu'il n'est acquis que dans la mesure où il est nécessaire à la conservation de la clientèle. En aucun cas, il ne pourrait préjudicier à l'époux propriétaire du nom. L'arrêt de Bordeaux de 1906, que nous avons cité, a même obligé la femme à faire précéder le nom de son mari de la mention « Ancienne maison ». Il semble que cette décision soit de nature à respecter les droits de toutes parties et doit être généralisée.

Depuis la création du registre de commerce, par la loi du 18 mars 1919, l'acquéreur du Fonds de commerce est tenu de faire une déclaration au greffe du Tribunal de Commerce, contenant, notamment, indication du nom sous lequel le commerce est exercé. En dépit de cette dis-

position, qui semble autoriser l'acquéreur ou l'attributaire d'un Fonds de commerce à conserver le nom d'autrui comme enseigne de son Fonds de commerce, le vendeur, ou tout autre ayant-droit, paraît pouvoir encore exiger que ce nom ne soit utilisé que précédé de la mention « ancienne maison », ou suivi de l'indication, « Un tel, successeur ».

Bien entendu, d'ailleurs, le nom d'autrui ne peut être utilisé qu'à titre d'enseigne ou de marque, et jamais à titre de signature.

(Voir sur cette question, *Bull. leg. comp.*, 1802, page 279 et note de M. Thaller, sous Paris, 18 février 1904, au Dalloz de 1907, deuxième partie, page 201).

CHAPITRE VI

Attribution du Fonds de Commerce à l'un des Epoux par Contrat de Mariage, Testament ou Donation

153. — Les dispositions que nous venons de relater sont celles qui sont établies par la loi, à défaut de conventions entre les parties. Le propriétaire du Fonds de commerce a, comme sur ses autres biens, le droit d'en disposer à sa guise en faveur de qui il lui plaît, dans les limites qui sont déterminées par le Code Civil.

Une question dans cet ordre d'idées est spécialement intéressante à étudier, c'est celle de l'attribution du Fonds de commerce au conjoint survivant moyennant paiement de sa valeur par celui-ci. Une stipulation de ce genre se rencontre, surtout, dans le contrat de mariage où elle est, généralement, formulée sous le titre de « Clause de Fonds de commerce ».

Des controverses récentes ont mis en lumière les ter-

mes de cette clause dont voici, dans la rédaction la plus générale, le début :

« Lors de la dissolution du mariage et dans le cas où cette dissolution se produirait par le décès de l'un des époux, si les futurs époux ou l'un d'eux exploitent un commerce ou possèdent des droits dans un établissement de commerce, le survivant aura le droit de conserver pour son compte personnel le commerce ou les droits dont s'agit, en y comprenant l'achalandage, les marchandises, le matériel d'exploitation et tous accessoires, à la charge de prendre le tout d'après l'estimation qui en sera faite par deux experts choisis aimablement, ou, à défaut d'entente entre les parties, commis par M. le Président du Tribunal civil de première instance du domicile des époux ».

Nous ne nous occuperons guère, dans ce chapitre, que des stipulations de ce genre contenues dans les contrats de mariage. Il y a, en effet, moins de difficultés si l'attribution est faite par testament ou donation entre époux, auxquels cas on rentre dans les solutions ordinaires et courantes.

L'utilité de cette clause n'a pas besoin d'être longuement exposée. Le conjoint survivant pourra, grâce à elle, conserver l'exploitation et les revenus du Fonds de commerce. Cette clause lui permet de continuer le mode de vie qui a été le sien pendant le cours du mariage. Elle donne souvent le seul moyen de laisser le Fonds de commerce dans la famille et d'éviter une vente ou une liquidation ruineuse.

Quelle est la nature et la validité de cette clause ? Il

semble qu'il faille distinguer deux situations : 1° Le Fonds de commerce était commun ; 2° Le Fonds de commerce était propre à l'époux prédécédé.

SECTION I

FONDS DE COMMERCE COMMUN

154. — Lorsque le Fonds de commerce dépendait de la communauté, la clause de l'attribution qui en est faite par le contrat de mariage au profit de l'époux survivant s'analyse ordinairement comme une convention de mariage.

Notre Code permet, en effet, aux futurs époux de fixer eux-mêmes dans quelle proportion la communauté se partagera entre eux à sa dissolution. Il permet, de même, les clauses de préciput qui donnent le droit à l'un des époux de prélever à son gré tel ou tel bien dans la communauté (Code Civil, article 1515 à 1525).

Si le législateur a permis ce partage inégal de la communauté ou un prélèvement de biens communs au profit de l'époux survivant, à plus forte raison ce prélèvement doit-il être autorisé lorsqu'il doit avoir lieu moyennant paiement de la valeur des objets prélevés.

Une clause de ce genre est, en effet, de nature à respecter les droits de toutes parties.

D'une part, en effet, le survivant conservera seul le Fonds de commerce que la convention lui permet de prélever ; mais, d'autre part, les héritiers ou ayants-

droit du prédécédé en trouveront la valeur dans la masse sur laquelle s'exercent leurs droits ; la valeur du Fonds de commerce prend la place du Fonds de commerce lui-même, dans la masse de l'actif de la communauté. Dès lors, la communauté se liquidera de la façon suivante. Le Fonds de commerce sera attribué à l'époux survivant à concurrence des droits qui lui seront reconnus par la liquidation et l'époux restera redevable de la valeur du surplus, à l'égard des autres ayants-droit. Le contrat stipulera ordinairement les délais et le mode des paiements qu'aurait à faire l'époux survivant, s'il profitait de cette option. ●

Toutes ces décisions sont, à l'heure actuelle, admises à l'unanimité par la doctrine et par la jurisprudence.

La clause que nous étudions fixe ordinairement la façon de déterminer la valeur du Fonds de commerce ; celle-ci est généralement établie à dire d'experts désignés amiablement entre les parties, ou, à défaut d'entente, commis par le Président du Tribunal Civil.

La clause donne au survivant le droit de conserver tous les éléments du Fonds de commerce, y compris le droit au bail. Elle comprend même l'obligation, au cas où le Fonds de commerce serait exploité dans un immeuble de communauté ou propre à l'époux prédécédé, de fournir à l'époux survivant un bail de ces locaux dans des conditions qui seront fixées par expertise, de la façon qui vient d'être dite pour la détermination de la valeur du Fonds de commerce.

155. — Que devrait-on décider si cette clause de prélè-

vement facultatif sur un Fonds de commerce commun, au lieu d'être contenue dans un contrat de mariage, l'était dans un acte de donation ou de testament postérieur au mariage. Il semble que s'il était ainsi fait, on ne se trouverait pas en présence d'une convention de mariage, celles-ci n'étant permises que dans le contrat de mariage lui-même.

Un jugement du Tribunal de Chartres, du 30 juillet 1902 (*Journal du Notariat* 1903, page 675) a même décidé qu'une disposition de cette nature serait nulle comme contraire aux principes de l'immuabilité des conventions matrimoniales.

Nous pensons, au contraire, que cette stipulation constitue une libéralité permise dans la limite de la quotité disponible. On devra, semble-t-il, l'interpréter comme une donation avec charge (1). Certains commentateurs réprouvent cette opinion à cause de l'importance de la charge relativement à l'objet donné. Charge et objet s'équivalent, disent-ils. Mais, en admettant même cette équivalence, quel texte interdit d'affecter les libéralités de charges égales à la valeur du bien donné ?

Comment s'exécutera la disposition à cause de mort envisagée ? Conformément à l'article 1423 du Code Civil. La libéralité ne sera exécutée qu'autant que le Fonds de commerce sera mis dans le lot de l'époux testateur ou donateur. Si le Fonds n'est pas mis dans son lot, l'époux donataire recevra seulement la valeur de ce Fonds. On

(1) La charge, c'est de payer la valeur du fonds de commerce.

peut regretter que l'article 1423 ne contienne pas une dérogation en faveur des donations entre époux. Cette mesure très raisonnable pour la préservation des droits des héritiers à l'égard de légataires et de donataires étrangers, peut paraître moins opportune à l'égard du conjoint survivant. En fait, ceci ne crée guère de difficultés ; l'obligation de payer la valeur du Fonds fait que les héritiers préfèrent laisser au conjoint survivant le Fonds de commerce lui-même. Les héritiers de l'époux prédécédé sont, bien souvent, les héritiers du conjoint survivant lui-même : en dehors des raisons de sentiment, ils peuvent avoir avantage à laisser entre les mains du survivant un bien qu'ils retrouveront plus sûrement à sa mort qu'une somme d'argent.

SECTION II

FONDS DE COMMERCE PROPRE

156. — Les contrats de mariage contiennent fréquemment une clause d'attribution du Fonds de commerce moyennant indemnité s'appliquant même au Fonds de commerce propre. Nous devons envisager la nature et la valeur de cette clause dans ce cas particulier.

157. — Beaucoup de commentateurs assimilent à ce dernier cas l'hypothèse d'une option donnée à la femme sur le Fonds de commerce commun, lorsque la femme renonce à la communauté. Par le fait de cette renoncia-

tion, dit-on, les biens communs et les propres du mari sont confondus. Donc il faudrait donner la même solution que si on avait à faire à un Fonds de commerce propre. Il faut répondre avec M. Capitant (dont nous trouvons l'avis dans une consultation écrite dont il sera parlé plus loin) que l'art. 1515 permet expressément l'exercice d'un préciput sur les biens communs même si la femme renonce à la communauté, pourvu que le contrat de mariage l'y autorise. C'est qu'il s'agit de biens communs, de conventions entre associés, de conventions de mariage. Donc, pas d'analogie avec la situation que nous allons envisager maintenant, c'est-à-dire l'option donnée au conjoint survivant sur un Fonds de communauté propre au prémourant des époux.

158. — Les futurs époux ont stipulé que si, au moment du décès du prémourant, l'un d'eux possède en propre un Fonds de commerce, le survivant aura la faculté de se l'attribuer en indemnisant les héritiers de son conjoint de la valeur de ce Fonds.

Il n'est pas nécessaire de développer les avantages de cette clause. Les praticiens avaient, jusqu'à ces derniers temps pris l'habitude d'étendre aux Fonds de commerce propre une faculté donnée déjà à l'égard des Fonds de commerce communs. La clause du Fonds de commerce ainsi complétée était devenue, on peut le dire, de style. Bien plus, ce procédé tendait à être étendu à toutes sortes de biens, exploitations agricoles, meubles meublants, etc...

Evidemment, il ne pouvait entrer dans l'idée de per-

sonne que cette clause, employée relativement à des propres, fût une convention de mariage. Mais il ne semble pas que jusqu'à ces derniers temps on ait bien cherché à l'analyser et sa commodité la faisait universellement triompher et entrer dans nos mœurs juridiques. Un arrêt récent de la Cour de Rouen a brusquement mis en doute sa validité et a fait surgir de nombreuses études. Antérieurement à cet arrêt, signalons cependant, que nous trouvons cette clause analysée dans différents ouvrages, et notamment dans les thèses de M. Machereau, de M. Degand, citées à la Bibliographie.

En outre, à défaut de décisions de nos tribunaux sur la question, toute une série de solutions données en Belgique avait attiré quelque peu l'attention sur ce point. Enfin, l'Administration de l'Enregistrement avait déjà eu elle-même à donner une interprétation de cette clause, afin d'établir le droit auquel elle donnait ouverture.

Deux interprétations de notre clause sont possibles : ou bien il faut y voir une libéralité, ou bien il la faut considérer comme une stipulation à titre onéreux.

La plus grande partie des commentateurs se rangeait déjà à cette dernière manière de voir, avant l'arrêt de Rouen.

On ne considère, en effet, pas comme une libéralité une disposition qui comporte pour son bénéficiaire une charge égale à la valeur du bien qu'il reçoit. On sait que la jurisprudence ne s'arrête pas, dans des cas de cette sorte, aux apparences, à la forme adoptée par les contractants. Ce qui importe pour qu'il y ait donation c'est,

d'une part, un appauvrissement du donateur, et d'autre part, un enrichissement du donataire. Or, comment dire qu'il y ait appauvrissement du donateur ou de ses représentants, et enrichissement du donataire, lorsque ce dernier se trouve tenu de payer exactement la valeur du bien qui lui est remis...

Certains, à la vérité, n'acceptaient pas ce raisonnement et s'efforçaient de démontrer que la clause en question constituait une donation avec charges et que la charge imposée n'égalait pas le bien donné en raison de l'avantage que le bénéficiaire retirait, ou pensait retirer de l'attribution du Fonds de commerce. Défense un peu plaisante, car en généralisant on pourrait montrer que tous les contrats à titre onéreux sont des libéralités, étant donné que si un acquéreur achète et si un preneur loue, c'est que l'un et l'autre entendent tirer un avantage de leurs contrats.

159. — Les discussions étaient restées en France d'ordre théorique jusqu'au jour où la question fut posée devant le tribunal de Rouen (5 avril 1921).

Celui-ci décida, en premier lieu, qu'une clause de ce genre constituait une stipulation à titre onéreux.

Il l'a condamnée pour les motifs suivants :

En premier lieu, en substituant des deniers à un bien déterminé, la clause faisait obstacle à l'ordre légal des successions et au droit de partage *en nature* des héritiers sur les biens de la succession.

En second lieu, la clause constituait un pacte sur succession future.

Ce jugement a été confirmé par un arrêt de la Cour de Rouen, du 15 décembre 1922 (D. 1923, II, 1, avec une note de M. Capitant).

Cette décision a naturellement déterminé une grande émotion dans le monde notarial. La pratique, d'ailleurs, ne semble pas, d'une manière générale, s'être, jusqu'à présent, mise en harmonie avec cette jurisprudence et beaucoup de notaires attendent, pour modifier la clause de leurs contrats de mariage, une décision de la Cour de Cassation. Mais il ne faudrait pas considérer cette attitude comme de l'indifférence et le ton des polémiques engagées dans certains journaux a montré quel intérêt, praticiens et jurisconsultes ont pris à la solution de ce problème (1).

160. — Reprenons les différents arguments de la jurisprudence de Rouen.

(1) Nous n'avons pas à examiner tous les arguments qui ont été invoqués de part et d'autre. Signalons, cependant, parmi les articles parus :

Journal du Notariat, 10 mai 1921, p. 136.

Répertoire général et pratique du Notariat, 15 juillet 1921, p. 229.

Journal des Notaires et des Avocats, 20 octobre 1922, p. 651.

Recueil civil et Notarial des Juris classeurs, 15 juin 1923, p. 181.

Revue Nouvelle du Notariat, 15 novembre 1923, p. 603.

Bulletin de l'Association Nationale des Notaires de France, novembre 1923, p. 515.

Et surtout la note de M. Capitant sur l'arrêt de Rouen, D. 1923, II, 1.

Il n'est pas inutile, à ce sujet, d'indiquer que les travaux préparatoires de M. Capitant ne laissèrent pas d'avoir la plus grande influence sur la décision des magistrats de Rouen.

C'est ici le lieu de remercier M^e Veyssière et M^e Lehucher, avocats à la Cour de Rouen et qui ont, l'un et l'autre, occupé dans l'affaire qui nous intéresse, de leur aimable obligeance, le premier en nous communiquant la consultation écrite de M. Capitant et le second en nous donnant le texte des conclusions déposées par la défense.

La clause contrevient, a-t-on dit, à l'ordre légal des successions, en substituant une somme d'argent ou une créance à un bien déterminé de la succession. La condamnation de la clause est tirée de l'article 1389 du Code Civil.

En vérité, cet argument ne nous semble pas le meilleur du système de la Cour de Rouen, bien qu'il ait été approuvé par de nombreux auteurs et commentateurs. Car l'article 1389 édicte bien que les époux « ne peuvent faire aucune convention ou renonciation dont l'objet serait de changer l'ordre légal des successions » ; mais il précise immédiatement quelles modifications sont interdites en ajoutant, « soit par rapport à eux-mêmes dans la succession de leurs enfants ou descendants, soit par rapport à leurs enfants entre eux. » En d'autres termes, il est interdit, en dehors des donations ou des testaments (la suite de l'article le stipule), de modifier la dévolution héréditaire établie pour chaque ordre d'héritiers par la loi. Il n'est question, croyons-nous, dans cet article, que des rapports héréditaires entre *personnes* et non de la situation des *biens* dépendant de la succession. Pour croire le contraire, il faudrait interpréter les phrases, « soit par rapport à eux-mêmes..., etc... », non comme une énumération mais comme une série d'exemples. Or, il nous semble plutôt, à la lecture de l'article, que nous sommes en présence d'un texte limitatif et que rien dans sa rédaction n'autorise à en étendre la portée. Ordre légal, doit, nous semble-t-il, se traduire par ordre successoral. Le mot lui-même « or-

dre », comme le mot « degré », a, dans la législation des successions, un sens technique et paraît constamment employé pour distinguer les différentes catégories d'héritiers.

161. — Un autre argument emporte la condamnation de la clause parce qu'elle fait, dit-on, obstacle au droit au partage en nature que les héritiers tiennent de l'article 826 du Code Civil.

Remarquons-le, tout d'abord, les dispositions de cet article ont bien vieilli. A côté de l'explication théorique des motifs de cette édicition, il est nécessaire, pour bien la comprendre de se rappeler son origine historique et le souci révolutionnaire, si apparent dans quelques articles du Code Napoléon, de morceler la fortune, d'éviter le transfert de tous les biens d'une succession entre les mains d'un seul héritier. Après une centaine d'années d'expérience, la tendance moderne ne s'affirme peut-être plus dans le même sens. D'une part, le goût de l'égalité, s'est réellement généralisée au point que les pères de familles hésitent, le plus souvent à avantager un de leurs enfants au détriment des autres (1).

D'autre part, par une réaction bien naturelle à la tendance de la Révolution et du Code de 1804, nous voyons notre législation contemporaine sans cesse préoccupée

(1) C'est une des grosses objections que l'on peut faire au système de Le Play. Serait-il bien utile d'augmenter la liberté testamentaire puisque l'on se sert si peu des facultés relativement assez larges que donne déjà notre législation actuelle ?

de « remembrement ». On a créé, par exemple, le « bien de famille ». On édicte des dispositions favorisant la réunion en un seul lot de parcelles rurales détachées. Il faut souhaiter le développement de cette reconstruction de patrimoines forts, vraie fortune d'une nation. Il faut chercher à ce qu'une exploitation, de quelque nature qu'elle soit, agricole ou commerciale par exemple, ne soit mise hors d'état de vivre, ou tout au moins trop affaiblie, par un partage qui la divisera entre plusieurs héritiers. Ce souci fait des progrès dans l'opinion. La jurisprudence s'en ressent. Bientôt, peut-être, la législation en tiendra davantage compte.

Cette disposition d'esprit contemporaine, qui marque un revirement certain par rapport à la pensée et à l'intention des rédacteurs de l'article 826, fait que l'on voit à tout instant l'interpréteur essayer de se dérober aux stipulations cependant formelles de cet article. Pour suivre la tendance que nous avons indiquée et que nous croyons conforme à l'intérêt économique et national, on pourrait montrer que l'article 826 ne peut s'appliquer qu'autant que les biens successoraux sont partageables en nature. Et, comme nous venons de le dire, on ne peut raisonnablement considérer comme partageable un bien qui, divisé, doit périliter ou même disparaître. Or, ainsi en est-il justement du Fonds de commerce dont toute notre étude a tenté de mettre en lumière l'unité. Le Fonds de commerce est impartageable en nature. Ce qu'on pourra partager, c'est sa valeur. Ainsi agira le Tribunal, qui, en présence du désaccord des héritiers, le mettra en vente aux enchères publiques, afin

que le prix en soit distribué entre les ayants droit. On ne peut donc, semble-t-il, dans notre hypothèse, arguer du droit des héritiers au partage en nature. Bien plus, la disposition du père de famille leur est avantageuse : la valeur du Fonds de commerce sera, en effet, déterminée par experts et il y a tout lieu de croire que l'expertise donnera un chiffre plus conforme à la réalité que l'aléa des enchères.

162. — Nous en venons, maintenant, à un troisième argument contre notre clause : Elle viole, dit la Cour de Rouen, l'interdiction contenue dans notre Code des pactes sur succession future. Voici l'objection la plus impressionnante. Elle se résume dans un syllogisme rigoureux, qu'en dépit de sa simplicité, nous nous permettons d'écrire tout au long.

La loi interdit les conventions à titre onéreux qui portent sur l'universalité ou sur un objet déterminé d'une succession future.

Or, la clause incriminée, s'analysant comme une promesse de vente, forme, par l'acceptation donnée par le bénéficiaire, une convention à titre onéreux.

Cette clause est donc nulle.

En fait, remarquons-le tout d'abord, ce raisonnement si logique, conduit à des conséquences pratiques parfaitement choquantes.

Si un père de famille dispose gratuitement, en faveur de sa femme, de son Fonds de commerce, sans dépasser la limite de la quotité disponible, ses enfants, ni per-

sonne, malgré le préjudice que leur cause cette disposition, ne peuvent en contester la validité. Mais, au contraire, si le même père de famille, également désireux, de laisser son Fonds de commerce à sa femme et, en même temps, de ne pas dépouiller ses enfants d'une partie quelconque de sa fortune ; si ce père de famille, dis-je, attribue son Fonds de commerce à sa femme, en obligeant celle-ci à rembourser à leurs enfants la valeur du bien qu'elle retient, — on repousse, au nom du Droit, une disposition empreinte de sagesse et d'équité !

On comprend les protestations des défenseurs de notre clause. Ils ont raison. Ce sont nos lois qui ont tort. Cette interdiction des pactes sur succession future produit, aujourd'hui, plus de tort qu'elle n'évite le danger qu'elle avait pour but d'éviter. Interdit-on les donations et les testaments, sous le prétexte que le donataire ou le légataire a intérêt à voir disparaître, le plus tôt possible, l'auteur de la libéralité ? Non, certes ; le législateur a jugé suffisant de priver le légataire assassin du bénéfice de son legs, de permettre au donateur la révocation de sa disposition. Pourquoi notre législation ne donnerait-elle pas une décision analogue pour les pactes à titre onéreux sur succession future ? On invoquera, peut-être, comme raison en faveur de notre système actuel, le fait, sans doute exact, que l'*animus donandi* suppose un lien d'affection entre l'auteur de la libéralité et le bénéficiaire ; et l'on dira que cette affection n'existe pas, par contre, aussi habituellement dans les rapports de deux personnes qui contractent une convention à ti-

tre onéreux. Il y a bien, nous le reconnaissons, dans une remarque de ce genre, une part de vérité. Mais notons bien qu'elle ne peut modifier notre avis sur le cas précis qui nous occupe : celui d'un père de famille, de sa femme et de leurs enfants. Le lien d'affection est présumé entre ces différentes personnes, avec plus de légitimité et de certitude que dans toute autre hypothèse. Les raisons de morale et d'ordre public qui ont dicté la prohibition des pactes sur succession future ne peuvent donc pas être présentées dans notre espèce.

Mais, si déplorable qu'elle soit, à notre avis, la prohibition des pactes sur succession future est inscrite dans nos lois.

163. — Faut-il, dès lors, se résoudre à voir notre clause condamnée ? Oui, avons-nous dit, si on la considère comme une convention à titre onéreux. Mais cette analyse est-elle exacte ?

164. — On peut, nous semble-t-il, la contester. L'un des caractères de la promesse de vente est de constituer un engagement par le promettant, envers le bénéficiaire de livrer son bien à ce dernier si celui-ci profite de l'option qui lui est donnée. Nous savons bien, qu'en dépit de cette obligation, si l'auteur de la promesse vient à vendre à un tiers l'objet promis, cette vente est valable et n'est pas annulée. Autrement dit, la promesse de vente ne donne pas, à celui qui l'a reçue, un droit de suite sur l'objet à lui promis et vendu à un tiers. Mais on admet que le bénéficiaire de la promesse a le droit de deman-

der des dommages-intérêts au promettant qui s'est mis dans l'impossibilité d'exécuter son obligation. Or, croyons-nous, jamais aucun juriste ni aucun praticien n'a pu penser qu'une sanction analogue puisse être donnée dans le cas où l'époux, après avoir donné à son conjoint, à la condition qu'il survive, la faculté de conserver son Fonds de commerce, viendrait à disposer, à titre onéreux et même à titre gratuit, de ce Fonds de commerce. Jamais personne n'a cru qu'une indemnité puisse être exigée par le conjoint survivant, dans cette hypothèse. Il nous semble donc devoir conclure que la stipulation que nous étudions ne constitue pas un engagement ferme et irrévocable du disposant et que, par conséquent, elle ne peut être assimilée à une promesse de vente.

Nous objectera-t-on que la disposition est bien une promesse de vente, mais que cette promesse est subordonnée à la condition qu'un Fonds de commerce existe au moment du décès du disposant dans le patrimoine de celui-ci ? Cette allégation ne pourrait pas, à notre avis, être retenue. En effet, une telle stipulation serait interprétée certainement comme une condition protestative et serait par ce motif annulée ; pourrait-on admettre une promesse de vente ainsi conçue : je m'engage à vous vendre tel bien à telle époque, à moins qu'avant cette date je ne l'ai vendu ou donné à un tiers ?

Enfin la prohibition des ventes entre époux est assez connue des notaires et même de leurs clients pour qu'on ne puisse supposer que l'intention des parties ait

été de faire une disposition à titre onéreux qui serait inévitablement nulle.

165. — Si, au contraire, on considère la clause d'option sur le Fonds de commerce moyennant une indemnité non plus comme un acte à titre onéreux, mais, au contraire, comme un acte à titre gratuit, on voit que le disposant conserve la possibilité de transférer à toute autre personne son Fonds de commerce, puisque l'option donnée au conjoint est seulement une donation de biens à venir et qu'elle ne s'ouvre que si un Fonds de commerce existe au moment du décès du disposant dans les biens de celui-ci.

Notre interprétation nous semble bien reproduire l'intention des parties telle qu'elle est exprimée dans la clause la plus fréquemment usitée.

166. — La discussion nous ramène, on le voit, à rechercher l'« intention des parties ». C'est que, n'est-il pas vrai, dans une législation non formaliste, cette intention des parties, qu'il faut rechercher, est en somme, le plus sûr critérium de l'exacte nature d'une convention ou d'un engagement. Quelle a bien pu être cette intention dans le cas qui nous occupe ?

M. Capitant, dans la note précitée, déclare que ce serait « prêter au promettant une intention qu'il n'a jamais eue que de transformer son engagement en une donation ». Nous devons l'avouer, nous ne pouvons, à l'encontre de l'opinion du savant professeur, ne pas

croire qu'une telle stipulation soit empreinte d'un esprit libéral. Comme l'a écrit la *Revue Nouvelle du Notariat* (15 novembre 1923) : « Le contrat de mariage est bien l'acte dans lequel les parties n'ont pas, en général, le dessein de faire des conventions à titre onéreux ; souvent le praticien est obligé de retenir les futurs époux sur la pente des libéralités ; il les en détourne parce qu'il en sait l'irrévocabilité et qu'il n'ignore point, d'autre part, la possibilité d'un changement d'esprit chez les contractants ». L'époux pourrait très bien se dispenser de faire cette stipulation. S'il la fait, quel est son but ? Dans l'intérêt de qui agit-il ? Il nous semble évident que le promettant ait en vue l'intérêt de son conjoint. Lorsque cette clause est contenue dans le contrat de mariage, on admettra bien que le promettant ait plus en vue l'intérêt de son conjoint que celui de ses futurs enfants, ou, à défaut d'enfants, d'héritiers plus éloignés ! Est-ce à dire que le promettant veuille frustrer ces héritiers d'une partie de sa fortune, non certes ! et, en ce sens, on peut dire, en quelque sorte, que son intention est doublement libérale : il accorde un avantage certain à son conjoint et, d'autre part, il évite un préjudice à ses héritiers, en substituant à l'objet qu'il retire de son patrimoine la valeur exacte de cet objet... Cette combinaison à deux fins est un mécanisme fréquent dans notre vie juridique : je donne le Fonds Cornélien à Primus en le chargeant de payer une somme d'argent à Secundus.

Ce mécanisme-là, c'est la donation avec charges. C'est

ainsi, croyons-nous, qu'il faut analyser notre stipulation.

167. — Discutons cette analyse en recherchant si cette stipulation comporte bien les caractères d'une donation.

Beaucoup de commentateurs contestent le caractère de libéralité de la disposition parcequ'ils ne voient pas l'avantage qu'en retire le bénéficiaire.

M. Capitant lui-même, déclare qu'il n'y a pas enrichissement puisque l'époux survivant doit payer la valeur du bien qu'il prend.

Pourtant différents commentateurs ont reconnu qu'il y avait « avantage » pour l'époux survivant. Et c'est aussi notre avis. L'époux survivant, en prélevant le Fonds de commerce, se procurera, par sa gestion, des revenus supérieurs à ceux de la somme dont il devra le paiement aux héritiers. Ou encore, il aura un bénéfice en revendant le Fonds de commerce à un moment plus opportun que celui du décès de son conjoint ; à cette époque, la disparition du commerçant a pu amener une certaine désorganisation ; ou bien encore les circonstances économiques se trouvaient, au moment du décès, défavorables et la vente eût été alors faite à perte. En outre, l'incapacité de l'un des héritiers ou un dissentiment entre co-intéressés, peuvent empêcher qu'au décès du prémourant des époux, la vente s'effectue dans de bonnes conditions ; l'époux survivant y perdrait ainsi que les héritiers. Tandis que si l'époux survivant garde le Fonds de commerce, il devient seul juge

du moment et des conditions de la vente et la réalise de la façon la plus avantageuse.

En résumé, on le voit, que l'époux survivant continue la gestion du Fonds de commerce à lui attribué ou qu'il le vende, il y a pour lui un enrichissement.

Or, une analyse un peu spécieuse, peut-être, mais, semble-t-il, exacte, paraît montrer que l'avantage retiré par le conjoint survivant est supérieur à la valeur de ce qu'il paie. Les exemples que nous venons de donner font ressortir, en effet, qu'en s'appropriant le Fonds de commerce de son conjoint, l'époux survivant se procure un enrichissement, bien qu'il rembourse aux héritiers la valeur du bien qu'il prend. C'est justement cet enrichissement, cet excédent de valeur que l'époux ne paie pas, qui constitue la libéralité. Remarquons-le bien, une vente ne produirait pas, en principe ce résultat, puisque le prix payé est théoriquement l'équivalent du bien acquis.

M. Machereau, dans la thèse précitée et le *Bulletin de l'Association Nationale des Notaires de France*, dans l'article plus haut relaté, indiquent un argument qu'il est à propos de noter.

L'objet de la donation ne serait pas un bien déterminé, mais l'option même donnée sur cet objet, ou, si l'on préfère, le droit d'obliger les héritiers à vendre le Fonds de commerce au conjoint survivant.

Un arrêt de la Cour de Cassation du 30 avril 1884, étudié dans le *Journal de l'Enregistrement* (année 1880, art. 22325), validait une stipulation de ce genre, conte-

nue dans un testament. Pourquoi ne pas autoriser cette stipulation dans le contrat de mariage, puisque les époux y ont la faculté de se faire des libéralités ?

Evidemment, ce qui nuit au succès de cette théorie, c'est qu'elle est spécieuse. Ce droit « droit d'obliger les héritiers » n'est pas assez concret pour que tous les commentateurs acceptent de la considérer comme pouvant former l'objet d'une donation. Il n'y a pourtant pas là une subtilité exagérée.

D'ailleurs les contestations de la validité de notre clause proviennent en partie de ce que nous l'envisageons contenue dans un contrat de mariage. Critiquerait-on de même sa valeur si la forme de l'acte (testament ou donation) apportait une présomption d'intention libérale ? Ou encore si les termes employés dans le contrat de mariage même, comportaient emploi du mot : « Donation » ou tous autres exprimant explicitement l'intention libérale ?

168. — La clause d'attribution de Fonds de commerce propre, peut donc, d'après nous, être considérée comme constituant une donation de biens à venir, permise entre époux dans les limites de la quotité disponible.

Pourquoi, ajoutons-nous « dans les limites de la quotité disponible » ? Ne pourrait-on pas dire, en effet, que la quotité disponible n'est jamais violée puisqu'il est admis que dans une donation avec charge, on doit, pour calculer l'importance de la libéralité, déduire de la va-

leur de l'objet donné la valeur des charges imposées ? Dans notre espèce, la quotité disponible ne serait jamais dépassée puisque les charges équivalent à peu près à l'objet de la donation.

Nous n'allons pas jusque-là. Nous pensons, en effet, que dans tous les conflits où peuvent s'opposer différents principes de notre droit successoral, le principe de la Réserve doit être maintenu dans son intégrité. Dans l'hypothèse qui nous occupe, nous raisonnerons donc ainsi : l'option donnée sur le Fonds de commerce étudiée en dehors de la charge qui l'accompagne, porte-t-elle atteinte à la réserve ; en d'autres termes, la valeur du Fonds de commerce est-elle supérieure à ce que l'époux peut donner à son conjoint ? Alors, nous estimons que la clause ne doit pas avoir d'effet. Notre opinion se fonde sur la volonté formelle du législateur d'assurer aux héritiers réservataires, en premier lieu une quotité déterminée de la succession et, en outre, un droit direct sur les biens qui composent cette quotité. Il serait donc absolument contraire à la loi de modifier la constitution et la nature de cette part de biens attribuée aux héritiers réservataires, en substituant au Fonds de commerce une somme d'argent. Nous ne croyons pas utile de nous étendre sur ce point, à propos duquel nous retrouvons l'accord de l'unanimité de la Doctrine et de la pratique.

169. — Avant de quitter ce sujet, il n'est pas sans intérêt d'indiquer quelques solutions du problème, qui ont

été proposées pour éviter les conséquences de la jurisprudence de Rouen.

Nous l'avons dit, beaucoup de commentateurs entraînés par les arguments du tribunal de Rouen et par ceux de la note de M. Capitant ont conclu qu'il fallait désormais renoncer, dans les contrats de mariage, à donner la faculté au conjoint survivant de prélever, moyennant indemnité, le Fonds de commerce propre au prémourant.

Mais, par contre, un assez grand nombre d'articles témoignent que les mêmes arguments n'ont pas entraîné l'unanime adhésion du Notariat. On déplore l'absence d'une décision de la Cour de Cassation.

En attendant que la jurisprudence de Rouen soit confirmée, certains proposent d'insérer dans les contrats la faculté de conserver un Fonds de commerce, sans préciser s'il s'agira d'un propre ou d'un bien commun. On rira, peut-être de ce moyen qui n'est pas une solution. Nous l'indiquons parce qu'il semble indiquer chez ces auteurs la conviction que la clause aujourd'hui incriminée pourra être, un jour ou l'autre, réhabilitée.

170. — Un journal de praticiens, observant que la Cour de Rouen avait annulé notre clause parce que le fait libéral n'y apparaissait pas assez évidemment, a proposé que l'époux fasse donation d'une façon explicite, de son Fonds de commerce à son conjoint, en chargeant celui-ci de payer aux héritiers du donateur non plus la valeur intégrale du bien donné, mais une assez forte partie de cette valeur, par exemple la moitié ou le tiers. Ce pro-

cédé est piquant car il pourra faire valider l'attribution du Fonds de commerce, moyennant paiement de la plus grande partie de sa valeur, par exemple les $\frac{4}{5}$ ou même les $\frac{9}{10}$, alors que la jurisprudence actuelle annule la disposition, si le conjoint survivant paie toute la valeur. Si l'on stipule que l'époux survivant paiera aux héritiers les $\frac{9}{10}$ de la valeur du Fonds de commerce, la clause sera-t-elle considérée comme une donation ? Il est probable que si notre clause ainsi remaniée venait devant les juges de Rouen, ils seraient assez embarrassés pour indiquer, à partir de quelle quotité l'opération juridique en question cesse d'être une libéralité pour devenir un pacte à titre onéreux... Il est probable que ces magistrats exigeraient que la quotité fixée pour le paiement à faire soit assez faible pour bien faire ressortir l'intention libérale du donateur : Le prix à payer par le conjoint survivant ne devrait, par exemple, pas être supérieur aux $\frac{2}{3}$ de la valeur du Fonds de commerce. Mais on le voit, les héritiers perdent, avec ce système, un tiers qui reste acquis à l'époux survivant. Notre clause, au contraire, si elle est validée, permet d'avantager l'époux survivant, sans perte pour les héritiers.

171. — Un autre moyen a été mis en lumière par le notariat pour éviter de tomber sous les coups de la jurisprudence de Rouen. Il consiste simplement à faire stipuler, au contrat de mariage, que tous les Fonds de commerce propres tomberont en communauté.

Cela ne nous semble pas à encourager. En effet, si ce procédé donne un résultat avantageux au cas où le ma-

riage se dissout par le décès d'un des époux, il n'en est pas de même si le mariage se dissout par le divorce ou si la séparation de biens vient à être prononcée : L'époux ne pourra plus faire la reprise en nature de son Fonds de commerce qui suivra le sort des biens communs. Pour que ce moyen soit pleinement efficace il faudrait pouvoir stipuler au contrat de mariage que les Fonds de commerce propres présents ou à venir des époux resteraient propres pendant toute la durée du mariage et tomberont en communauté seulement si le mariage se dissout par le décès, l'entrée en communauté s'opérant à compter, par exemple à la veille du décès du prémourant... Nous concevons, nous l'avouons, les plus grands doutes sur la valeur juridique d'une stipulation de ce genre. Ainsi que l'indique un attendu du jugement de Lyon que nous citons plus loin : « la composition de la communauté varierait suivant qu'elle serait dissoute par la mort de l'un des conjoints ou par la séparation de biens ou le divorce ; ce qui serait contraire au principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales ».

172. — En dépit des inconvénients que peut présenter cette stipulation de mise en communauté des Fonds de commerce propres, on a quelquefois interprété notre clause en ce sens. Un jugement du tribunal de Lyon, du 7 juillet 1922 (Recueil civ. et not. des jurisclasseurs du 15 oct. 1923), est assez significatif à cet égard. L'espèce en question était la suivante : Les époux Théoule s'étaient mariés sous le régime de la communauté

d'acquêts et leur contrat contenait la clause de Fonds de commerce habituellement employée dans les études. Dans un testament postérieur, M. Théoule légua à un sieur Doige, un Fonds de commerce exploité par lui dès avant son mariage. Puis le mari vint à décéder au cours d'une instance en divorce et son légataire réclama la délivrance du Fonds de commerce. La veuve refusa et déclara vouloir profiter de l'option ouverte à son avantage, par suite de la stipulation de son contrat de mariage. Le Tribunal a donné raison à la veuve et décidé que, conformément à l'article 1423, le légataire recevrait seulement la valeur du Fonds de commerce, déterminée par les experts, si la femme entendait s'attribuer le Fonds de commerce, dans les conditions indiquées dans son contrat.

Remarquons-le bien, le Tribunal a donné cette décision parce qu'il a estimé que le Fonds de commerce était tombé dans la communauté.

Or, sur quoi fonder cette opinion ? Les époux avaient choisi le régime de la communauté réduite aux acquêts. C'est dire qu'ils s'étaient réservés de la façon la plus absolue, la propriété de leurs biens personnels. Le contrat de mariage ne contenait, explicitement, aucune dérogation à cette stipulation. En outre, le mari possédait avant son mariage un Fonds de commerce qu'il exploitait encore à son décès ; nul doute, par conséquent, en ce qui concerne l'origine et l'identité de ce Fonds de commerce.

Et pourtant, en dépit de toutes ces circonstances qui

semblaient inviter à considérer avec certitude le Fonds de commerce en question comme un propre, le tribunal de Lyon a jugé que ce Fonds était tombé en communauté.

Le jugement expose d'assez nombreuses raisons et la plupart ont pu être assez sévèrement critiquées.

C'est ainsi que le Tribunal conteste le caractère de propre du Fonds « parcequ'il n'en est fait aucune mention dans le contrat, parcequ'il ne figure pas notamment parmi les apports de Théoule restant propres et devant être repris à la dissolution de la communauté », parce qu'aux termes de l'art. 1499, C. Civ., le mobilier existant lors du mariage qui n'a pas été constaté par l'inventaire est réputé aux acquêts ».

Tous ces arguments ne nous paraissent pas très satisfaisants. Le fait de réduire la communauté aux seuls acquêts est la chose essentielle. Notre jurisprudence, interprétant les articles 1499 et 1504 du Code Civil, donne aux époux les moyens les plus larges de faire l'un à l'égard de l'autre, la preuve que tel bien est propre et aux acquêts. Les juges de Lyon sont obligés eux-mêmes de le constater dans leurs attendus et même de remarquer que, comme nous l'avons dit ailleurs, la reprise du Fonds de commerce s'exerçait sans qu'on ait à fournir les preuves exigées pour des meubles ordinaires.

Mais, si les arguments qu'on vient d'étudier ne sont pas pleinement déterminants, ils valent, tout au moins, comme indiquant une présomption en faveur de la mise en communauté : il est, en effet, curieux qu'un futur

époux qui fasse la liste de son apport omette de comprendre dans ses propres, le Fonds de commerce qui le fait vivre.

Cette présomption, les juges de Lyon la trouvent confirmée dans les circonstances de fait de la cause : au moment du mariage Théoule avait 57 ans, sa femme 50 ; il exploitait, depuis de nombreuses années, un Fonds de commerce prospère. Dans ces conditions, ni l'un des autres des époux ne devait envisager « l'éventualité d'exploiter un nouveau commerce ni surtout d'en acquérir un par la suite, avec les acquêts de communauté », mais alors, dans quel but auraient-ils inséré la clause de Fonds de commerce, si leur intention n'avait pas été de faire tomber en communauté le Fonds de commerce propre au mari, le seul Fonds de commerce qu'ils aient pu envisager ?

Bref, ce qui entraîne ici l'opinion des juges, c'est qu'ils croient découvrir, dans les circonstances de la cause et dans les stipulations en question, l'intention des parties, cette intention souveraine dans nos lois, toutes les fois qu'elle ne heurte pas une interdiction précise.

Certains interprétateurs ont estimé qu'il ne fallait pas tenir trop compte de cette décision judiciaire en raison de ce qu'elle serait motivée par des circonstances tout à fait spéciales. D'autres commentateurs de ce jugement ont, au contraire, jeté un cri d'alarme et prétendu que cette décision pourrait être étendue à toutes sortes de cas : « on pourra, en effet, toujours raisonner comme le tribunal de Lyon, estimer (comme l'exprime l'un des attendus) qu'on ne s'explique pas pour quel motif les

époux auraient inséré la clause commerciale dans leur contrat de mariage si leur intention n'avait pas été de faire tomber le Fonds de commerce dans la communauté, et, concluant de l'intention du fait, décider que la clause équivalait donc à une stipulation d'apport » (Juris classeurs, n° précité).

Quant à nous, si le moyen trouvé par les juges de Lyon pour valider notre clause, ne nous satisfait pas pleinement, du moins nous félicitons nous de voir dans ce jugement, rechercher attentivement l'intention des parties telle qu'elle peut résulter des termes du contrat et des circonstances de la clause.

Conclusions

Heureux l'auteur qui à la fin de son ouvrage peut rassembler en un faisceau, les idées maîtresses qu'il a tentées de dégager dans chacun de ses chapitres. Il peut concentrer dans ses dernières lignes le suc de sa pensée. Sa conclusion s'impose comme la déduction logique des raisonnements qui, tout au long du livre, ont concouru à la former. Et, dès lors, la fin est bien le couronnement de son œuvre.

Le sujet que nous avons essayé de traiter ne semble pas permettre cette présentation schématique, cette mise en lumière de quelques grands principes gouvernant l'ensemble des questions envisagées. Ceci tient, en partie, à l'étendue du sujet ou plus exactement, à la diversité des situations envisagées l'une après l'autre dans l'ordre où, en fait, elles se présentent le plus habituellement. A chaque instant de la vie de la communauté, nous avons tenté de montrer quelle est la situation du Fonds de commerce par rapport aux autres biens des patrimoines des époux et de la communauté ; quelles répercussions la gestion de ce Fonds de commerce entraînent dans ces différents patrimoines ; les droits et les obligations des personnes intéressées. Des solutions don-

nées dans chacun de ces cas particuliers ne pourrait pas se dégager de principe directeur unique. L'absence d'une législation spéciale en notre matière en ce qui concerne le Fonds de commerce ne facilite, en outre, pas la coordination de ces cas différents.

Cependant, à la fin de ces notes, une remarque se dégage : aurait-on eu l'idée, avant ces trente dernières années, de traiter le sujet que nous avons exposé ? Le besoin se serait-il fait alors sentir d'examiner la situation du Fonds de commerce par rapport à la communauté ?

Il semble que non. Et ce n'est certes pas une nouveauté de constater qu'avant l'époque contemporaine, la notion du Fonds de commerce était assez confuse. Le législateur du Code Civil et du Code de commerce s'est préoccupé des commerçants et des actes de commerce. Le Fonds de commerce, au contraire, a été négligé et oublié. Il faut arriver aux années que nous vivons pour voir réparer cette fâcheuse omission, et encore combien nos textes actuels sont-ils fragmentaires et insuffisants !

Il serait curieux de rechercher la raison de cet état de choses. On explique la quasi-absence de législation à l'égard du Fonds de commerce au début du XIX^e siècle, par le faible développement du commerce à cette époque, comparativement à l'essor commercial et industriel auquel nos pères et nous aurons assisté. Raison exacte certainement. Le besoin crée l'organe. L'extension du commerce, ses formes nouvelles, l'élargissement de la notion du crédit, tout obligeait la jurisprudence, la pra-

tique et la législation à donner des formes juridiques à ce mouvement.

Cependant, si le commerce avait alors moins d'importance qu'aujourd'hui, du moins faut-il reconnaître qu'il existait. L'ancien régime avait connu une population commerçante très prospère. Certaines périodes de la première moitié du XIX^e siècle ont également été excellentes pour les affaires. Cependant, l'idée que le Fonds de commerce a sa valeur propre, ses caractéristiques, son individualité et que, par conséquent, il doit être gouverné par des règles spéciales, ne s'était pas encore fait jour à ces différentes époques.

On peut se montrer surpris du retard qu'a mis notre esprit juridique à faire cette découverte. Nos anciens avaient-ils moins de perspicacité et de sens de l'analyse que nous ? On hésite à le croire quand on compare leurs textes de lois et les nôtres... Cependant il faut, semble-t-il, reconnaître qu'ils poussaient moins loin que nous le goût des distinctions, des exceptions. Ils voyaient certainement, d'une façon plus robuste, plus simple, plus romaine. Nous, par contre, nous voyons trop le détail, nous compliquons. Les titres du Code Civil embrassent largement leur sujet et donnent une réglementation précise en quelques articles, sobre de détails, quasi-militaire. Nos lois contemporaines, au contraire, n'ont pas cette large vue de l'ensemble : elles envisagent mille cas particuliers, mille situations différentes pour lesquelles il faut autant de règles spéciales. Si nous continuons ainsi, quel conglomérat touffu fera notre législa-

tion dans cinquante ans ! Quel maquis de lois et qui se chargera de les interpréter !

Notre époque, plus analyste, plus complexe, s'est rendue compte qu'il y avait une généralisation exagérée à classer dans la même catégorie : *meubles*, tant d'éléments du patrimoine, si différents les uns des autres, si inégaux en importance. La division des Biens en deux classes seulement étaient évidemment commode. Elle est devenue, par contre, un peu sommaire depuis que certains meubles ont pris une valeur véritable : valeurs de Bourse, Fonds de commerce et d'industrie. On peut vraiment s'étonner de la place que tient encore, dans notre législation, cet antique critérium qu'est la distinction des meubles et des immeubles. Notamment, dans le régime matrimonial cet instrument suranné entraîne des anomalies et des injustices, reconnues de tous, maintenues on ne sait pourquoi.

Si on laisse de côté ces considérations d'ordre historique ou philosophique on constate tout de même, que, lente à paraître, la vérité est cependant en marche. Peu à peu, les valeurs mobilières, les Fonds de commerce (pour ne citer que ces éléments de la fortune mobilière) prennent une entité distincte et, par leur importance croissante, obligent le législateur à leur reconnaître des règles spéciales. Ils naissent à une vie juridique autonome. Nous assistons donc à la création de lois vraiment appropriées à nos besoins. Mais quelle lenteur dans cette édification !

Il est inutile de rappeler l'œuvre législative actuelle, en ce qui concerne le Fonds de commerce ni non plus

les admirables efforts de la Doctrine pour dégager ces notions depuis si peu de temps mises en lumière. Pour montrer l'importance du mouvement il faudrait aussi multiplier les exemples tirés de la pratique notariale et judiciaire:

En ce qui concerne notre sujet, nous avons le plus possible tenté de montrer quelle situation distincte de celle des meubles, voisine de celle des immeubles, on arrivait à reconnaître au Fonds de commerce, dans le patrimoine des époux ou de la communauté. Nous avons voulu mettre en lumière toutes les tendances actuelles, qui dans la législation prochaine, seront fondues et unifiées.

Nous serions heureux si ce travail pouvait être considéré comme une modeste contribution à l'édification de cette œuvre de demain : le statut légal du Fonds de commerce.

Vu : Le 6 mai 1924,

Le Président de la thèse,

Vu : Le Doyen,

RIPERT.

BERTHÉLÉMY.

Vu et permis d'imprimer :

Le Recteur de l'Académie de Paris,

APPELL.

Table des Matières

INTRODUCTION	7
BIBLIOGRAPHIE	13

PREMIÈRE PARTIE

LE FONDS DE COMMERCE PENDANT LA COMMUNAUTÉ

INTRODUCTION	Pages
N° 1. Plan.....	15

CHAPITRE PREMIER

QUAND LE FONDS DE COMMERCE EST-IL COMMUN

Préliminaires

N° 2. Le Code civil classe le Fonds de commerce parmi les meubles.....	17
--	----

Section I

Situation sous le régime de la communauté légale

N° 3. Le Fonds de commerce tombe en principe en communauté	18
N° 4. Fonds de commerce dont seulement la valeur tombe en communauté.....	19
N° 5. Ce qui tombe en communauté, c'est le <i>droit</i> de l'époux sur le Fonds de commerce.....	20
N° 6. Application aux Fonds de commerce exploités en Société	20
N° 7. Conséquences : nulle ingérence possible du conjoint de l'associé dans les affaires sociales.....	21
N° 8. Conséquences : rapports de la communauté et de la Société.....	21

Section II

Situation dans les régimes de communauté
conventionnelle

N° 9. Situation sous le régime de communauté réduite aux acquêts.....	23
N° 10. L'estimation du Fonds de commerce en vaut-elle vente à la communauté.....	24
N° 11. Différents modes d'exclusion de communauté....	27
N° 12. Acquisition de parts indivises du Fonds de commerce	27
N° 13. Ameublement du Fonds de commerce.....	28

Section III

N° 14. Tous les éléments du Fonds de commerce peuvent-ils rester propres ? Controverse pour les marchandises	28
N° 16. Argument tiré de la consomptibilité des marchandises	28
N° 16. Argument tiré du principe de l'universalité du Fonds de commerce.....	29
N° 17. Discussion du premier argument : les marchandises du Fonds de commerce n'ont pas à supporter le quasi-usufruit de la communauté.....	30
N° 18. Conclusion.....	33

CHAPITRE SECOND

ACTES DE DISPOSITION SUR LE FONDS DE COMMERCE
COMMUN

Préliminaires

N° 19. Renvoi au droit commun.....	35
------------------------------------	----

Section I

Actes de disposition à titre onéreux

N° 20. Pouvoirs du mari.....	36
N° 21. Critique de la loi.....	36
N° 22. Impossibilité d'obvier aux dangers résultant de l'étendue des pouvoirs du mari.....	40

Section II

Actes de disposition à titre gratuit

N° 23. Pouvoirs du mari.....	41
N° 24. Critique de la loi.....	41
N° 25. Tendance de la jurisprudence.....	42

CHAPITRE TROISIÈME

ADMINISTRATION DU FONDS DE COMMERCE COMMUN
RÉPERCUSSION SUR LA COMMUNAUTÉ ET SUR LES PROPRES

N° 26. Préliminaires.....	43
---------------------------	----

Section I

Administration par le mari

N° 27. Renvoi au droit commun.....	43
------------------------------------	----

Section II

Collaboration de la femme et du mari

N° 28. Esprit du Code Napoléon. Critique.....	44
N° 29. Evolution des mœurs. Mouvement législatif et jurisprudentiel	46
N° 30. En principe on considère la femme seulement comme la préposée du mari.....	47
N° 31. Cette présomption peut-elle être combattue par la preuve contraire ?.....	48
N° 32. Cas où la femme dépasse le rôle de mandataire...	49
N° 33. Commerce conjoint des deux époux.....	50
N° 34. Critique de la loi et de la jurisprudence.....	51

Section III

La femme marchande publique

N° 35. Préliminaires.....	52
---------------------------	----

A. La gestion de la femme

N° 36. Pouvoirs de la femme dans son commerce.....	53
N° 37. Effets sur la communauté.....	55
N° 38. Droit de poursuite des créanciers commerciaux de la femme sur les biens communs et sur les propres du mari.....	55

N° 39. Droit de poursuite sur les propres de la femme....	57
N° 40. Controverse sur ce point.....	57

B. Situation du mari

N° 41. Pouvoirs du mari de la femme commerçante.....	59
N° 42. Le mari qui a autorisé sa femme à faire le commerce est-il personnellement engagé.....	61
N° 43. Premier système : le mari n'est pas engagé personnellement	61
N° 44. Deuxième système : l'autorisation-mandat.....	65
N° 45. Conséquences : remise de dette faite à la femme..	70
N° 46. Conséquences : concordat accordé à la femme commerçante	71
N° 47. Conséquences : remise de dette faite au mari seulement	72
N° 48. L'obligation du mari est-elle civile ou commerciale	77
N° 49. La communauté est-elle tenue commercialement..	78
N° 50. Faillite. Renvoi.....	80
N° 51. L'obligation de la femme a une nature commerciale. Conséquences.....	81

CHAPITRE QUATRIÈME

POUVOIRS RESPECTIFS DES ÉPOUX SUR LE FONDS
DE COMMERCE PROPRE A L'UN D'EUX
RÉPERCUSSIONS SUR LA COMMUNAUTÉ
ET SUR LES PROPRES

Section I

Fonds de commerce propre au mari

N° 52. Préliminaires.....	82
---------------------------	----

§ I

Influence sur l'actif de communauté

N° 53. Rappel du droit commun.....	83
N° 54. Sort des gains illicites ou déshonnêtes.....	84
N° 55. Difficultés dans quelques cas particuliers.....	84

§ II

Rôle de la femme

N° 56. Rareté de l'intervention de la femme dans la gestion d'un Fonds de commerce propre au mari..	86
---	----

N° 57. Conséquences de cette intervention.....	86
N° 58. Pouvoirs de la femme.....	88

Section II

Fonds de commerce propre à la femme

N° 59. Limitation des pouvoirs du mari.....	89
N° 60. Administration du Fonds de commerce. Examen des différentes situations possibles.....	90
N° 61. Preuve des dettes de la femme commerçante anté- rieures au mariage.....	91

CHAPITRE CINQUIÈME

GESTION DU FONDS DE COMMERCE PENDANT L'INSTANCE EN SÉPARATION OU EN DIVORCE

N° 62. Les pouvoirs respectifs des époux ne sont pas mo- difiés en principe.....	92
N° 63. Mesures de protection en faveur du conjoint du commerçant	93
N° 64. La femme peut-elle faire la surenchère du sixième si le mari vend le Fonds de commerce.....	94
N° 65. Limitation des pouvoirs du mari.....	96
N° 66. Qui bénéficie de la gestion pendant cette période.	96

CHAPITRE SIXIÈME

LA FAILLITE ET SES RÉPERCUSSIONS SUR LA COMMUNAUTÉ ET SUR LES PROPRES

N° 67. Préliminaires.....	98
---------------------------	----

Section I

Faillite du mari

§ I. Dessaisissement du failli

N° 68. Dessaisissement ; ses motifs ; son étendue ; il n'affecte pas les propres de la femme et les biens des mineurs soumis à la jouissance légale.....	98
N° 69. Effets du dessaisissement sur les biens du failli...	101
N° 70. Sort des actes non opposables à la masse. Ils restent opposables au mari et à la communauté.....	102
N° 71. Régime de la loi de 1838 pour les actes accomplis pendant la période suspecte.....	103

N° 72. (Suite). Les paiements et les actes à titre onéreux sont annulables.....	103
N° 73. (Suite). Nullité des actes de disposition à titre gratuit... des paiements exécutés avant l'échéance... des dations en paiement... des sûretés réelles accordées pour des dettes antérieurement contractées et conférées seulement pendant la période suspecte	104
N° 74. Constitution de dot par le failli. Analyse de la controverse	104
N° 75. Effets résultant de la nullité ou de l'annulibilité des actes du failli relativement aux personnes avec qui il avait contracté.....	108
N° 76. Subsistance du failli et de sa famille.....	109

§ II. Situation de la femme du failli

N° 77. Liquidation de la situation du failli. Sort des créanciers	110
N° 78. Situation spéciale de la femme du failli.....	111
N° 79. Sort des libéralités faites à la femme par contrat de mariage	112
N° 80. Sort des libéralités faites : la femme au cours du mariage ; assurance sur la vie au profit de la femme	115
N° 81. Revendication de la femme propriétaire de ses reprises et de ses biens réservés.....	116
N° 82. La femme créancière.....	118
N° 83. La femme peut-elle opposer la compensation.....	121
N° 84. L'hypothèque légale de la femme.....	123
N° 85. Attitude que peut prendre la femme à l'égard de la faillite de son mari.....	125
N° 86. (Suite). Séparation de biens antérieure à la faillite : sort des paiements faits à la femme ; séparation de biens prononcée au moment de la faillite....	125
N° 87. (Suite). La femme ne demande pas la séparation de biens. Quels sont ses droits à l'égard de la faillite	129
N° 88. (Suite). Inaction complète de la femme.....	130
N° 89. Fin des opérations de la faillite et conséquences relativement à la femme et à la communauté....	131

§ III

N° 90. Faillite du mari exploitant un Fonds de commerce propre à la femme.....	132
--	-----

Section II

Faillite de la femme

N° 91. Aperçu des conséquences de cette faillite relativement à la communauté et au mari.....	134
N° 92. Le dessaisissement ; composition de la masse de la faillite	135
N° 93. Lacune de la loi ; difficultés d'application des articles 559 et 562 du Code de commerce.....	138
N° 94. Le mari de la commerçante est aussi suspect que la femme du failli ; absence de dispositions légales ; les mesures à prendre contre le mari sont souvent impossibles à cause des lois de la communauté	140
N° 95. (Suite). Réformes législatives devenues nécessaires par suite de l'extension contemporaine du rôle des femmes mariées.....	141

DEUXIÈME PARTIE

LE FONDS DE COMMERCE A LA DISSOLUTION
DE LA COMMUNAUTÉ

INTRODUCTION

N° 96. Plan.....	145
------------------	-----

CHAPITRE PREMIER

MESURES CONSERVATOIRES, SCELLÉS ET INVENTAIRE

Section I

Les scellés

N° 97. Renvoi aux règles du Code civil et du Code de procédure	147
N° 98. Le Fonds de commerce peut-il être mis sous scellés ? Eléments qui peuvent être placés sous scellés	148
N° 99. Exceptions admises.....	148
N° 100. Peut-on stipuler que les scellés ne pourront être apposés	149

N° 101. Etude de la même stipulation dans le cas où le Fonds de commerce est exploité en Société.....	149
N° 102. Personnes qui peuvent requérir l'apposition des scellés	152
N° 103. Ce droit est donné aux créanciers du de cujus....	153
N° 104. Droit à cet égard des créanciers personnels de l'héritier	153
N° 105. Levée des scellés ; abréviation du délai légal ; exceptions nécessitées par la nature du Fonds de commerce	155
N° 106. Oppositions à la levée.....	157

Section II

L'inventaire

N° 107. Droit des créanciers...../.....	158
N° 108. L'inventaire doit être notarié.....	160
N° 109. Description et estimation des éléments corporels.	161
N° 110. Doit-on mentionner et estimer les éléments incorporels	163
N° 111. Analyse des papiers.....	166
N° 112. Déclarations ; protestations et réserves ; difficultés et référés.....	173

CHAPITRE DEUXIÈME

GESTION DU FONDS DE COMMERCE PENDANT L'INDIVISION

Section I

Gestion et acceptation tacite

N° 113. Option ouverte à la femme ; situation de l'héritier bénéficiaire ; danger pour l'un et l'autre de s'immiscer dans les affaires de la communauté ou de la succession.....	176
N° 114. Les actes conservatoires n'entraînent pas immixtion	177
N° 115. La continuation du commerce dépasse-t-elle la limite des pouvoirs d'administration.....	178
N° 116. Autorisation en justice de continuer le commerce	179
N° 117. L'intérêt général commande d'accorder des pouvoirs étendus à l'occasion de l'administration du Fonds de commerce.....	180

Section II

Droits respectifs du gérant et des ayants-cause
de la communauté ou de la succession
propriétaires du Fonds de commerce

N° 118. Qui est ordinairement gérant ; limite de ses pouvoirs	182
N° 119. Opérations antérieures à la dissolution de la communauté	183
N° 120. Opérations postérieures à cette date.....	183
N° 121. Plus-value acquise pendant l'indivision.....	186
N° 122. Responsabilité du gérant.....	186
N° 123. Droits des indivisaires lorsque les bénéfices du Fonds de commerce sont attribués au gérant..	187
N° 124. Droits du gérant lorsque les bénéfices dus à sa gestion viennent en augmentation des droits des indivisaires.....	188
N° 125. Résumé et rappel des principes généraux.....	190
N° 126. Etude de cette question lorsque le Fonds de commerce était exploité en Société.....	190

CHAPITRE TROISIÈME

REPRISES

N° 127. Reprises en nature et reprises en deniers.....	194
--	-----

Section I

La reprise en nature du Fonds de commerce

N° 128. Principe de la reprise et conséquences.....	195
N° 129. Eléments qui font l'objet d'une reprise ; controverse relative aux marchandises.....	196
N° 130. Reprise des créances et des dettes.....	198

Section II

Preuve à fournir

N° 131. Controverse sur les anciens articles 1499 et 1504, position prise par la jurisprudence. Loi du 29 avril 1924.....	199
N° 132. Ne doit-on pas faire au Fonds de commerce une situation différente de celle des meubles. Incertitude de la jurisprudence et de la doctrine....	200

CHAPITRE QUATRIÈME

RÉCOMPENSES

Section I

Récompenses dues par la communauté

N° 133. Les récompenses sont un règlement de comptabilité entre trois masses de biens momentanément confondues et redevenues distinctes.....	204
N° 134. Principes des récompenses dues par la communauté ; critique de la loi fiscale du 27 février 1913	205
N° 135. Autre source de récompenses.....	206
N° 136. Preuve, en matière de récompenses, entre les époux seuls.....	206
N° 137. Preuve à l'égard des créanciers.....	207
N° 138. Exercice du droit à récompense.....	211
N° 139. Situation de la femme en concours avec des créanciers pour le règlement des récompenses qui lui sont dues par la communauté ; critique de la loi et de la jurisprudence.....	211
N° 140. Nature du prélèvement effectué par l'époux en paiement de l'indemnité qui lui est due par la communauté	214

Section II

Récompenses dues à la communauté

N° 141. Récompenses dues à la communauté : cas ordinaires	215
N° 142. La plus-value du Fonds de commerce propre donne-t-elle droit à indemnité au bénéfice de la communauté ? Distinctions.....	217
N° 143. Plus-value résultant de l'activité du propriétaire du Fonds de commerce.....	217
N° 144. Plus-value résultant de l'activité du conjoint du propriétaire	220
N° 145. Plus-value résultant de l'emploi de capitaux appartenant à la communauté ou de revenus du Fonds de commerce propre revenant à la communauté	220
N° 146. Distinction. L'affectation de ces capitaux ou revenus était facultative.....	221
N° 147. Cette affectation était obligatoire.....	222

CHAPITRE CINQUIÈME

PARTAGE

N° 148. Sort du Fonds de commerce dans la liquidation de la communauté ou de la succession.....	227
N° 149. Situation du conjoint du commerçant à l'égard des créanciers du Fonds de commerce.....	228
N° 150. Attribution du Fonds de commerce à l'un des époux : le conjoint survivant peut-il exiger la mise du Fonds de commerce dans son lot.....	228
N° 151. Licitacion du Fonds de commerce ; officiers ministériels compétents.....	230
N° 152. Etendue des droits de l'attributaire du Fonds de commerce ; droit à l'enseigne ; droit pour la femme au nom de son mari commerçant après la mort de celui-ci ou le divorce.....	231

CHAPITRE SIXIÈME

ATTRIBUTION DU FONDS DE COMMERCE
AU CONJOINT SURVIVANT

N° 153. Utilité de la clause d'attribution du Fonds de commerce en faveur du conjoint survivant ; son emploi surtout fréquent dans les contrats de mariage.....	234
---	-----

Section I

Fonds de commerce commun

N° 154. Nature de la clause de Fonds de commerce relative au Fonds de commerce commun dans le contrat de mariage ; son exécution.....	236
N° 155. Nature de la même clause en dehors du contrat de mariage ; son exécution.....	237

Section II

Fonds de commerce propre

N° 156. Clause d'attribution par contrat de mariage s'appliquant à un Fonds de commerce propre.....	239
N° 157. Cas assimilé : attribution du Fonds commun quand la femme renonce à la communauté ; rejet de cette assimilation.....	239

N° 158. Premières interprétations de cette clause.....	240
N° 159. Jurisprudence de Rouen ; condamnation de la clause	242
N° 160. Argument contre la clause ; atteinte à l'ordre légal des successions ; critique.....	243
N° 161. Autre argument contre la clause : atteinte au droit de partage en nature des héritiers réservataires ; critique.....	245
N° 162. Autre argument contre la clause : elle constituerait un pacte sur succession future ; critique	247
N° 163. Critique générale de ces trois arguments : leur point de départ est que la clause constituerait une stipulation à titre onéreux.....	249
N° 164. Quelques raisons de motiver le refus de ce caractère	249
N° 165. La clause paraît constituer plutôt une libéralité.	251
N° 166. Principal critérium en la matière : l'intention des parties.....	251
N° 167. Autre argument : il y a libéralité parce que l'époux survivant bénéficie d'un avantage, d'un enrichissement	253
N° 168. Limites d'application de la clause.....	255
N° 169. Examen de différentes solutions imaginées à la suite de la jurisprudence de Rouen.....	256
N° 170. (Suite). Donation avec charge sensiblement inférieure à la valeur de l'objet donné.....	257
N° 171. (Suite). Stipulation de mise en communauté de tous Fonds de commerce propres et convention de mariage, d'attribution au survivant des époux	258
N° 172. (Suite). Le jugement de Lyon du 7 juillet 1922 : examen et critique.....	259
CONCLUSION	264

